

Laudo Arbitral

Beneficencia de Cundinamarca

v.

Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A.

Julio 31 de 2000

Acta 24

Audiencia de fallo

En Santafé de Bogotá, el treinta y uno (31) de julio de dos mil (2000), a las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), fecha y hora señaladas en auto de fecha 16 junio de 2000, se reunieron en la sede del tribunal ubicada en el Centro Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, los doctores Carlos Lleras de la Fuente, quien preside, Jorge Cubides Camacho y Jorge Suescún Melo, en su calidad de árbitros; los doctores Fernando Londoño Hoyos, quien exhibió la cédula de ciudadanía 17.113.333 expedida en Bogotá y la tarjeta profesional 3.299 del Consejo Superior de la Judicatura en su calidad de apoderado de la parte demandante Beneficencia de Cundinamarca; Álvaro Mendoza Ramírez, quien exhibió la cédula de ciudadanía 5.536.148 expedida en Bucaramanga y la tarjeta profesional 9.282 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, apoderado del demandado Banco Central Hipotecario; José Alberto Gaitán Martínez, quien exhibió la cédula de ciudadanía 11.430.520 expedida en Facatativá y la tarjeta profesional 37.216 del Consejo Superior de Judicatura, apoderado de la demandada Fiduciaria Central S.A.; 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 arbitral

Santafé de Bogotá, treinta y uno (31) de julio de dos mil (2000).

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo que finaliza el proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias existentes entre la Beneficencia de Cundinamarca, por una parte, y por la otra, las entidades Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A.

I. Antecedentes

A. Pacto arbitral

En el contrato de fiducia mercantil celebrado entre la Beneficencia de Cundinamarca y el Banco Central Hipotecario, contenido en la escritura pública dos mil doscientos quince (2.215) del cinco (5) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987) de la notaría veintiuno (21) de esta ciudad, agregado al cuaderno de pruebas, se pactó en la cláusula decimocuarta lo siguiente: “Cláusula compromisoria. Las diferencias que surjan entre las partes y que estas no puedan solucionar directamente, serán dirimidas por un tribunal compuesto por tres (3) árbitros abogados, que tendrá su sede en Bogotá y fallará en derecho. Los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes o, a falta de acuerdo, por la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud del fiduciante y/o del fiduciario”.

El Banco Central Hipotecario cedió el citado contrato de fiducia mercantil a la Fiduciaria Central S.A., por medio de la escritura pública ocho mil seiscientos sesenta y ocho (8.668) del treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992) de la Notaría Primera (1ª) del Círculo de Bogotá, cesión que fue aceptada por la beneficencia.

B. Tribunal de Arbitramento

Mediante escrito presentado el dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999) ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá (el “centro de arbitraje”), la beneficencia, por intermedio de apoderado, presentó demanda para la convocatoria del tribunal de arbitramento para solucionar las controversias surgidas entre el banco y la fiduciaria en virtud del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública número dos mil doscientos quince (2.215) del cinco (5) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987) de la notaría veintiuno (21) de esta ciudad. La solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento fue admitida por el centro de arbitraje mediante providencia del veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), la cual ordenó correr traslado de la referida solicitud al banco y a la fiduciaria de conformidad con el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”) y reconoció personería al apoderado de la beneficencia.

Mediante escrito presentado el dieciséis (16) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999) ante el centro de arbitraje, el banco, por intermedio de su apoderado, presentó la contestación de la demanda instaurada por la beneficencia, proponiendo las excepciones de falta de legitimación en la causa por parte pasiva respecto del banco; la de prescripción o caducidad de la acción; y la excepción previa de falta de jurisdicción o falta de competencia del tribunal de arbitramento para tramitar el proceso arbitral.

Así mismo, mediante escrito presentado el veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999) ante el centro de arbitraje, la fiduciaria, por intermedio de su apoderado, presentó la contestación de la demanda instaurada por la beneficencia, proponiendo las excepciones de cumplimiento de la totalidad de las prestaciones que para la Fiduciaria Central S.A. se derivaron del contrato celebrado inicialmente con el Banco Central Hipotecario y posteriormente cedido a la fiduciaria; la de liquidación de dicho contrato, convenida con la beneficencia y en la cual se dio finiquito a las prestaciones derivadas del mismo; la de falta de legitimación en la causa de la parte demandante; la de petición antes de tiempo y ausencia de perjuicio alguno para la beneficencia; la de prescripción de las pretensiones o de caducidad de las acciones de la contraparte; y la de mala fe sobreviviente de la Beneficencia de Cundinamarca.

Notificadas que fueran las partes y sus apoderados, el día veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999) se celebró en el centro de arbitraje la audiencia de conciliación, en la cual se estableció la imposibilidad de llegar a un acuerdo en relación con las diferencias objeto del arbitramento.

Con fecha quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999), los apoderados de las partes, mediante escrito presentado ante el centro de conciliación y arbitraje, manifiestan que de común acuerdo designan a los doctores Jorge Cubides Camacho, Carlos Lleras de la Fuente y Jorge Suescún Melo, como magistrados del tribunal.

Posteriormente, en audiencia celebrada el veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999), se procedió a la instalación del tribunal.

En el curso de la audiencia se nombró como presidente al doctor Carlos Lleras de la Fuente, quien aceptó, y como secretario al doctor Carlos Gilberto Peláez Arango, quien oportunamente manifestó su aceptación y tomó posesión de su cargo. Así mismo, se fijó como lugar de funcionamiento del tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicado en la carrera 9ª N° 16-21 4º piso, que después se cambió a la sede norte del centro de arbitraje, ubicada en la calle 72 N° 7-82 piso 8º de esta ciudad. También se determinó como lugar donde funcionaría la secretaría, la oficina 1416 de la carrera 10 N° 16-39 de esta ciudad. Mediante auto proferido en la misma audiencia, se declaró legalmente instalado el Tribunal de Arbitramento y se fijaron las sumas correspondientes a los honorarios de los árbitros y del secretario y los gastos de administración del tribunal. También se ordenó informar a la Procuraduría General de la Nación de la constitución del tribunal, en los términos del artículo 45 del Decreto 2279 de 1989.

El veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), el apoderado de la Beneficencia de Cundinamarca, presentó escrito de reforma de la demanda, integrando la totalidad de las pretensiones, modificando algunos hechos y solicitando nuevas pruebas.

El tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), los apoderados del Banco Central Hipotecario

y la Fiduciaria Central S.A., presentaron los escritos contestando la reforma de la demanda en los que se remiten a sus respuestas anteriores, manteniendo las excepciones inicialmente propuestas.

C. Presupuestos procesales

Antes de entrar a decidir sobre el fondo se hace necesario establecer si en el presente proceso se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, o sea, los requisitos indispensables para la validez del proceso, para poder así proferir un laudo de mérito.

En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el tribunal, aparece:

Las partes son personas jurídicas, regularmente constituidas y han acreditado en legal forma su existencia y representación.

Ambas partes, entidades públicas, tienen capacidad para transigir sobre las materias objeto de la controversia y para someterlas a la decisión del tribunal de arbitramento, de conformidad con los artículos 68 a 71 de la Ley 80 de 1993 (compilados por los arts. 226 a 229 del D. 1818/98).

Por disposición de las partes expresada en el pacto arbitral, el laudo habrá de proferirse en derecho. Al no establecer las partes el término de duración del proceso, este será de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, conforme a lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, sin perjuicio de la ampliación del mismo por parte de los árbitros, de conformidad con el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 (compilado por el art. 228 del D. 1818/98).

Las pretensiones formuladas por la parte demandante en la demanda y las cuales integró en su totalidad en el escrito de reforma de demanda, son susceptibles de transacción, por lo cual es procedente su conocimiento y decisión mediante proceso arbitral.

Por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados, según lo dispone el artículo 26 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 119 de la Ley 446 de 1998. La beneficencia está representada por el doctor Fernando Londoño Hoyos, el banco, por el doctor Álvaro Mendoza Ramírez, y la fiduciaria por el doctor José Alberto Gaitán Martínez, según poderes especiales conferidos por las partes y que obran en el expediente.

D. El proceso

Habiendo las partes consignado oportunamente el valor que les correspondió por concepto de honorarios de los árbitros y del secretario y de gastos del arbitramento, el tribunal asumió competencia mediante providencias proferidas en el curso de la primera audiencia de trámite que se celebró el veintiséis (26) de noviembre y culminó el catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

El tribunal mediante providencia del catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), respecto de las excepciones previas propuestas por el apoderado del Banco Central Hipotecario, las declaró improcedentes en los términos del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998.

El tribunal decretó las pruebas en el proceso, incluyendo, además de las documentarias aportadas por la beneficencia con la demanda, dentro del término de traslado de las contestaciones y con la reforma de la demanda, y por el banco y la fiduciaria con las contestaciones de la demanda y su reforma, las siguientes:

De las solicitadas por la beneficencia en la demanda, la reforma de la demanda, el escrito de solicitud de pruebas adicionales y la solicitud en los términos del artículo 236 numeral 4° del Código de Procedimiento Civil: La inspección judicial con intervención de peritos expertos en el tema inmobiliario, sobre los predios que eran de propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca; la inspección judicial con exhibición de documentos sobre los libros de contabilidad, estados financieros y papeles de comercio de la Beneficencia de Cundinamarca y con la intervención de peritos expertos en contabilidad; la inspección judicial con exhibición de documentos sobre los libros de contabilidad, estados financieros y papeles de comercio de la Fiduciaria Central S.A. y con la

intervención de peritos expertos en contabilidad; el dictamen pericial con peritos expertos en economía; los testimonios de: Pedro Miguel Navas Sanz de Santamaría, Guillermo Durán García, Guillermo Gómez Estrada, Mario Calderón Rivera, Jaime Benítez Tobón, Camilo Verástegui, Enrique Liévano Cardemil y Peter Howard Burrowes. Además se ordenó librar los oficios a la (*) Superintendencia Bancaria para que expidiera certificación actualizada sobre la tasa de interés y al DANE para que remitiera certificación sobre el índice de precios al consumidor.

De las solicitadas por el banco en la contestación de la demanda, en la contestación a la reforma de la demanda y la solicitud en los términos del artículo 236 numeral 4° del Código de Procedimiento Civil: La exhibición de documentos a la parte demandante la Beneficencia de Cundinamarca y de los libros de actas de la junta general de dicha entidad; el interrogatorio de parte al representante legal de la Beneficencia de Cundinamarca; los testimonios de: Antonio José Marulanda Rojas, Gustavo Bernal y Jaime Bogotá Marín; la inspección judicial con exhibición de documentos sobre los libros de contabilidad, estados financieros y papeles de comercio de la Beneficencia de Cundinamarca, con la intervención de peritos expertos en contabilidad. Además se ordenó librar los oficios a la (*) Superintendencia Bancaria y a la Fiduciaria Central S.A., para que enviaran copias auténticas de la resolución mediante la cual la Superintendencia Bancaria, en los términos de la Ley 45 de 1990 autorizó el desmonte de la sección fiduciaria del Banco Central Hipotecario y el traslado de todos los negocios fiduciarios, a la filial Fiduciaria Central S.A.

De las solicitadas por la fiduciaria en la contestación de la demanda, en la contestación a la reforma de la demanda y la solicitud en los términos del artículo 236 numeral 4° del Código de Procedimiento Civil: El interrogatorio de parte al representante legal de la Beneficencia de Cundinamarca; los testimonios de: Sergio Mutis Caballero, Esperanza Durán de Gámez, Juan Antonio Pardo, Federico Salazar Mejía, Jorge Joaquín Robledo Quijano, José Eusebio Otálora Farfán y Álvaro José González; La exhibición de documentos de la Beneficencia de Cundinamarca respecto de los libros de actas de la junta general de dicha entidad, que fue decretada a solicitud del Banco Central Hipotecario, se extendió a la exhibición de dichas actas y a la correspondencia cruzada con el Banco Central Hipotecario, en las cuales aparezca el nombramiento de los delegados de la beneficencia ante la junta coordinadora del fideicomiso Ciudad Salitre, así como sus comunicaciones a la Fiduciaria Central S.A., desde 1982 y hasta 1997; los dictámenes periciales fueron decretados por solicitud de la beneficencia y los puntos correspondientes solicitados por la fiduciaria fueron incluidos en dichos dictámenes. Además se ordenó librar los oficios a la contraloría departamental de Cundinamarca para que remitiera los informes producidos por dicha entidad sobre la ejecución del contrato con el Banco Central Hipotecario y con la Fiduciaria Central S.A. para el desarrollo del Proyecto Ciudad Salitre, así como al manejo de la tesorería de la beneficencia, especialmente en lo relativo a sus inversiones, en virtud de las visitas de inspección practicadas a dicha entidad, entre 1992 y 1998; a la (*) Superintendencia Bancaria para que remita copia auténtica de la resolución administrativa mediante la cual se autorizó el desmonte de la sección fiduciaria del Banco Central Hipotecario y la cesión de sus contratos a la filial; y a la Notaría Primera del Círculo de Bogotá, para que expidiera copia auténtica de la escritura pública 3051 del 30 de mayo de 1995, contentiva de la venta de Fiduciaria Central S.A. a Urbe Capital S.A.

El tribunal decretó las siguientes pruebas de oficio: Los testimonios de: Fernando Augusto Laserna Silva, Germán Enciso Uribe, Olga Lucía Chavarro Rozo, Luis Fernando Correa, Blanca Isabel Martínez Gaitán, Janeth Garzón Murillo, Yomaira Vásquez de Castellanos y Adriana María Rivera Páez.

Documentales:

1. Ordenó la entrega por parte de la Fiduciaria Central S.A. de los siguientes documentos: El oficio PCS-DE-232-95 aclarado por el oficio PCS-DE-002-96 de la coordinadora del Proyecto Ciudad Salitre, en que acepta la negociación del lote SM-II-2-M-1 y la opción de compra del lote SM-II-2-M-2 y de los planos de loteo, a color, correspondientes a los años 1995, 1996, 1997, que se utilizaban para las ventas.
2. El documento denominado Proyecto Ciudad Salitre Tienda Inmobiliaria Oferta y Venta mayo de 1997, entregado por el testigo Jaime Benítez Tobón.
3. El acuerdo celebrado entre la Beneficencia de Cundinamarca y Promotora Apotema S.A. con radicación septiembre 30 de 1999 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el resumen de dicho acuerdo que el

testigo Enrique Liévano citó en su testimonio.

4. Ordenó que el testigo Peter Howard Burrowes entregara al tribunal copia de todos los documentos públicos y privados en que consten las condiciones del negocio de compraventa celebrado entre Comcel S.A. y Fiduciaria Alianza que verse sobre el inmueble de propiedad de Comcel en Ciudad Salitre.
5. La entrega por la Beneficencia de Cundinamarca de la escritura pública suscrita con la Nación, que la exonera del pago del impuesto predial por la antigua hacienda del Salitre.
6. Ordenó al testigo Juan Antonio Pardo entregara copia de las cartas con que se radicaron sus ofertas en la Fiduciaria Central S.A. para la adquisición del lote de Ciudad Salitre y copia de los documentos relacionados con los terrenos de la calle 90 con carrera 7A, fideicomiso celebrado con Fiduciaria Unión S.A.
7. Oficiar a la secretaría de hacienda distritos para que certifique si la Beneficencia de Cundinamarca en los últimos diez años, está o ha estado exenta en algún momento del pago de impuestos prediales o contribuciones de valorización por los terrenos de Ciudad Salitre y en caso negativo cuánto dinero ha pagado por año.
8. Ordenó al doctor Fernando Hinestroza Forero, el reconocimiento de su concepto de fecha 3 de diciembre de 1997.
9. Ordenó la entrega de los siguientes documentos por parte de la Fiduciaria Central S.A.: a) Presentación de cada una de las firmas adquirentes de los lotes y su trayectoria; b) Ofertas para las compras de los lotes en mayo y junio de 1997; c) Documento con los cálculos y las proyecciones del flujo de negocios entre Fiduciaria Central S.A. y Colsanitas; d) El estudio que se elaboró para concluir que la Sociedad Vanguardia Inversiones es equivalente de algún modo de la firma Constructodo S.A., y e) Los estudios que se presentaron a planeación distrital para obtener la aprobación del cambio de destinación de los lotes a los que se refiere el acta 9 de mayo 1997 y la respuesta de planeación distrital.
10. Ordenó oficiar a la secretaría de hacienda distrital, para que certifique si la Beneficencia de Cundinamarca en los últimos quince años está o ha estado exenta en algún momento del pago de impuestos prediales o contribuciones de valorización por los terrenos de Ciudad Salitre y en caso negativo cuánto dinero ha pagado por año. Así mismo, para que acompañe copia auténtica de las resoluciones 31 de 1986 y 1811 de 1987.
11. Ordenó al testigo Federico Salazar Mejía, aportar copia de los contratos celebrados a partir de 1997, bajo modalidades similares a los negocios que han sido objeto de su declaración y los contratos que en próximos días celebrará sobre terrenos ubicados en Ciudad Salitre.
12. La copia del oficio 849 del 1º de junio de 1999, firmado por el señor Carlos Eduardo Arias Bretón, síndico gerente encargado de la Beneficencia de Cundinamarca, remitido a la doctora María José Martínez, presidente de la Fiduciaria Central S.A., con cuatro cuadros anexos.
13. Copia auténtica de la escritura pública 139 del 28 de febrero de 1997 de la Notaría Única de Tabio.
14. Ordenó oficiar a la secretaría general de la Alcaldía Mayor de Santafé, para que remitiera copia auténtica del acuerdo 11 de 1988 emanado del concejo distrital.
15. Se ordenó que el señor Luis Fernando Correa Bahamón entregara copia de los documentos remitidos a la Fiduciaria Central S.A. y recibidos de esta entidad por la sociedad Luis Fernando Correa y asociados, relacionados con la adquisición de los predios en Ciudad Salitre durante 1997, así como los documentos donde conste la entrega de los estados financieros de su compañía a Fiduciaria Central S.A.
16. Ordenó que el señor Peter Howard Burrowes, presidente de Comcel S.A., entregara la certificación de la revisoría fiscal respecto de la contabilización de toda la operación por el predio adquirido en Ciudad Salitre.
17. El derecho de petición presentado el 21 de enero de 1999, por la doctora Yomaira Vásquez de Castellanos, al síndico gerente de la Beneficencia de Cundinamarca.

18. El oficio 0042 del 11 de febrero de 1999, remitido por el gerente general de la Beneficencia de Cundinamarca, a la doctora Yomaira Vásquez de Castellanos.

19. Ordenó oficiar a la Fiduciaria Central S.A. para que remita copia del concepto rendido por el doctor Laserna sobre el tema de los impuestos prediales de los lotes ubicados en Ciudad Salitre.

20. El acta 10 de fecha 27 de junio de 1991 de la junta general de la Beneficencia de Cundinamarca, y

21. La copia de la escritura pública 5119 del 11 de agosto de 1997 de la Notaría Primera del Círculo de Bogotá.

Las pruebas decretadas por el tribunal se practicaron, con excepción de la inspección judicial a la Fiduciaria Central S.A., de cuya práctica desistieron conjuntamente las partes, pero se practicó la exhibición de documentos con la intervención de peritos expertos en contabilidad sobre los libros de contabilidad, estados financieros y balances de la Fiduciaria Central S.A. Tampoco se recibieron los testimonios de Camilo Verástegui y Álvaro José González, de cuya práctica desistieron las partes conjuntamente.

Para la práctica de las pruebas periciales decretadas el tribunal nombró a: Guillermo Villaveces Medina y Jaime Ricaurte Junguito, como peritos expertos en economía; Bernardo Carreño Varela y Jorge Torres Lozano, Luis Carlos Neira Archila y Luis García Echevarría, como peritos contadores y Alfonso Dávila Ortiz y Juan Agustín Carrizosa Tobar, como peritos inmobiliarios.

Mediante providencia proferida por el tribunal en audiencia del nueve (9) de junio de dos mil (2000), habiéndose practicado la totalidad de las pruebas decretadas por el tribunal, con las salvedades atrás indicadas, se declaró el cierre de la etapa de pruebas en el presente proceso.

El nueve (9) y el dieciséis (16) de junio de dos mil (2000) se celebró una nueva audiencia de conciliación que el tribunal consideró procedente, y mediante providencia del dieciséis (16) de junio de dos mil (2000) el tribunal la declaró fracasada y señaló el veintiocho (28) de junio de dos mil (2000) como fecha para la audiencia de alegatos de conclusión, la cual se llevó a cabo en dicha fecha y en la cual los apoderados de las partes expusieron oralmente sus alegaciones y presentaron un resumen escrito de las mismas.

Así mismo, mediante el citado auto calendado el dieciséis (16) de junio de dos mil (2000) el tribunal, señaló como fecha para la audiencia de fallo el día treinta y uno (31) de julio de dos mil (2000) a las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), providencia esta que le fue notificada en estrados a los apoderados de las partes.

Habiéndose surtido en legal forma todas las etapas procesales del arbitramento, encuentra el tribunal que se halla dentro del término legal para proferir el presente laudo, habida cuenta de que el plazo de seis meses de que dispone para ello comenzó a correr en la fecha de la primera audiencia de trámite, celebrada el catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), habiendo sido suspendidos los términos en varias oportunidades, así: Entre el 15 de diciembre de 1999 y el 19 de enero de 2000 (ambos inclusive); entre el 9 de marzo y el 4 de abril de 2000 (ambos inclusive); y entre el 10 de junio y el 15 de junio de 2000 (ambos inclusive), para un total de sesenta y nueve días comunes de suspensión de términos.

E. La demanda de la beneficencia

1. Pretensiones

1. En las pretensiones principales, la demandante, solicita:

Primera. Se declare la nulidad de la prórroga del contrato de fiducia mercantil entre la beneficencia y el banco, pactada por medio de la escritura pública 4512 del 15 de julio de 1991 de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá; Segunda. Se declare que el contrato de fiducia mercantil celebrado por la beneficencia y el banco, según la escritura pública 2215 del 5 de junio de 1987 de la Notaría Veintiuna de Santafé de Bogotá, terminó por expiración de su plazo el día 5 de junio de 1992; Tercera. Se ordene la cancelación de la escritura pública 4512 del 15 de julio de 1991 de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá, lo mismo que todas las escrituras públicas otorgadas por el banco o la fiduciaria, con posterioridad a la terminación del contrato de fiducia el 5 de

junio de 1992; Cuarta. Se disponga la cancelación del registro de las escrituras de compraventa celebradas por el banco y la fiduciaria, y en general la cancelación del registro de todas las escrituras relacionadas con los lotes que el 5 de junio de 1992 formaban parte del fideicomiso Ciudad Salitre; Quinta. Se declare que la beneficencia tiene derecho a ser restituida al mismo estado en que se hallaría el 5 de junio de 1992; Sexta. Que procede la liquidación del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la beneficencia y el banco; Séptima. Se condene al banco y a la fiduciaria, o a cualquiera de ellos por separado, a reintegrarle a la beneficencia la totalidad de las sumas de dinero, indexadas, junto con sus intereses que esta dio o pagó en virtud del acto nulo, como consecuencia de actos o contratos celebrados con posterioridad al 5 de junio de 1992; Octava. Se condene al banco y a la fiduciaria, o a cualquiera de ellos por separado, a pagar a la beneficencia el valor de los frutos civiles y naturales, por los bienes muebles e inmuebles cuya restitución sea ordenada desde el 5 de junio de 1992; Novena. Se decreten las demás restituciones a que hubiere lugar de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil; Décima. Se condene al banco y a la fiduciaria, o a cualquiera de ellos separadamente, a pagar a la beneficencia todos los demás perjuicios causados, en la cuantía que resulte probada en el proceso; Decimoprimera. Que el banco y la fiduciaria, o cualquiera de ellos separadamente, deberán pagar las costas de este juicio.

2. En el primer grupo de pretensiones subsidiarias, la demandante solicita en subsidio de todas las anteriores, las siguientes:

Primera. Se declare la nulidad de la cesión del contrato de fiducia celebrado entre la beneficencia y el banco que consta en la escritura pública 2215 del 5 de junio de 1987, hecha por escritura pública 8668 otorgada el 30 de octubre de 1992 en la Notaría Primera de Santafé de Bogotá. Pretensión subsidiaria. En subsidio de la anterior pretensión, se declare que hecha la cesión del contrato de fiducia por el banco en favor de la fiduciaria, el banco continuó siendo responsable frente a la beneficencia, por todas las actuaciones y omisiones anteriores y posteriores a la cesión; Segunda. Se declare la nulidad de la prórroga del contrato de fiducia mercantil, entre la beneficencia y el banco, en cuanto extendió el plazo del contrato más allá del 31 de diciembre de 1994; Tercera. Se declare que el contrato de fiducia celebrado entre la beneficencia y el banco, por expiración de su plazo terminó el día 31 de diciembre de 1994; Cuarta. Se ordene la cancelación de la escritura 4512 del 15 de julio de 1991 de la Notaría Primera del Círculo de Bogotá, en virtud de la declaratoria de nulidad a que se refiere la pretensión segunda anterior, lo mismo la de todas las escrituras públicas otorgadas por el banco o la fiduciaria con posterioridad a la terminación del contrato de fiducia, esto es el 31 de diciembre de 1994; Quinta. Se disponga la cancelación del registro de las escrituras de compraventa celebradas por el banco y la fiduciaria, y en general la cancelación del registro de todas las escrituras relacionadas con los lotes que al 31 de diciembre de 1994 formaban parte del “fideicomiso Ciudad Salitre”; Sexta. Se declare que la beneficencia tiene derecho a ser restituida al mismo estado en que se hallaría el 31 de diciembre de 1994; Séptima. Que procede la liquidación del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la beneficencia y el banco; Octava. Que se condene al banco o a la fiduciaria, o a cualquiera de ellos por separado, a reintegrarle a la beneficencia la totalidad de las sumas de dinero indexadas, junto con sus intereses, que esta dio o pago en virtud del acto nulo, como consecuencia de los actos o contratos celebrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1994; Novena. Se condene al banco o a la fiduciaria, o a cualquiera de ellos por separado, a pagar a la beneficencia el valor de los frutos civiles y naturales, por los bienes muebles e inmuebles cuya restitución sea ordenada desde el día 31 de diciembre de 1994; Décima. Se decreten las demás restituciones a que hubiere lugar de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil; Decimoprimera. Se condene al banco y a la Fiduciaria Central S.A., o a cualquiera de ellos separadamente a pagar a la beneficencia, todos los demás perjuicios causados, en la cuantía que resulte probada en el proceso; Decimosegunda. Que el banco y la fiduciaria, o cualquiera de ellos separadamente, deberán pagar las costas de este juicio.

3. En el segundo grupo de pretensiones subsidiarias, la demandante solicita las siguientes:

Primera. Se declare la nulidad de la liquidación del contrato de fiducia mercantil suscrito entre el gerente de la beneficencia y la fiduciaria, que consta en las escrituras públicas 3945 del 1º de julio de 1997 y 5119 del 11 de agosto de 1997, ambas de la notaría primera de esta ciudad; Segunda. Se declare que, los demandados, o cualquiera de ellos considerados por separado, incumplieron sus obligaciones contractuales, se extralimitaron en sus funciones y causaron daño antijurídico a la beneficencia al enajenar sin contraprestación adecuada 32 lotes de su propiedad, mediante las escrituras públicas y en las condiciones que se precisan en la demanda; Tercera. Se condene al banco y a la fiduciaria o a cualquiera de ellos por separado, al pago de la indemnización de la totalidad

de los perjuicios económicos sufridos por la beneficencia con motivo del incumplimiento a que se refiere la pretensión anterior y por concepto de daño emergente y lucro cesante, en la cuantía que resulte probada en el proceso; Cuarta. Que en consecuencia el banco y la fiduciaria, o cualquiera de ellos separadamente, deberán pagarle a la beneficencia, a título de indemnización por los perjuicios derivados de haber quedado privada de valiosos activos que salieron sin contraprestación económica real o suficiente de su patrimonio, la cantidad de doscientos cincuenta mil millones de pesos o la que resulte probada en el proceso; Quinta. Que en consecuencia y además el banco y la fiduciaria, o cualquiera de ellos por separado, deberán reintegrarle a la beneficencia el valor de las comisiones indexadas, junto con sus intereses, que resulten probadas en este juicio como cobradas indebidamente, o sin causa, por la administración del patrimonio autónomo, por la posterior venta de este y por las que hayan sido reconocidas o pagadas como consecuencia de los treinta y dos contratos de fiducia mercantil suscritos con los compradores de los lotes que eran de propiedad de la beneficencia; Sexta. Que procede la liquidación del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la beneficencia y el banco; Séptima. Que el banco y la fiduciaria, o cualquiera de ellos separadamente, deberán pagar las costas de este juicio.

4. En el tercer grupo de pretensiones subsidiarias la demandante, solicita las siguientes:

Primera. Se declara la nulidad del paz y salvo otorgado por la beneficencia en la liquidación del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la beneficencia y la fiduciaria y que consta en las escrituras públicas 3945 del 1º de julio de 1997 y 5119 del 11 de agosto de 1997, ambas de la notaría primera de esta ciudad; Segunda. Se declare que los demandados, o cualquiera de ellos considerados por separado, incumplieron sus obligaciones contractuales, se extralimitaron en sus funciones y causaron daño antijurídico a la beneficencia al enajenar sin contraprestación adecuada 32 lotes de su propiedad, mediante las escrituras públicas y en las condiciones que se precisan en la demanda; Tercera. Se condene al banco y a la fiduciaria, o a cualquiera de ellos por separado, al pago de la indemnización de la totalidad de los perjuicios económicos sufridos por la beneficencia con motivo del incumplimiento a que se refiere la pretensión anterior y por concepto de daño emergente y lucro cesante, en la cuantía que resulte probada en el proceso; Cuarta. Que en consecuencia el banco y la fiduciaria, o cualquiera de ellos separadamente, deberán pagarle a la beneficencia, a título de indemnización por los perjuicios derivados de haber quedado privada de valiosos activos que salieron sin contraprestación económica real o suficiente de su patrimonio, la cantidad de doscientos cincuenta mil millones de pesos, o la que resulte probada en el proceso; Quinta. Que en consecuencia y además, el banco y la fiduciaria, o cualquiera de ellos por separado, deberán reintegrarle a la beneficencia el valor de las comisiones indexadas, junto con sus intereses, que resulten probadas en este juicio como cobradas indebidamente, o sin causa, por la administración del patrimonio autónomo, por la posterior venta de este y por las que hayan sido reconocidas o pagadas como consecuencia de los treinta y dos contratos de fiducia mercantil suscritos con los compradores de los lotes que eran de propiedad de la beneficencia; Sexta. Que el banco y la fiduciaria, o cualquiera de ellos separadamente, deberán pagar las costas de este juicio.

2. Fundamentos de la demanda

Como fundamento de sus pretensiones, la beneficencia expuso los hechos que a continuación se relacionan en forma resumida:

1. Por escritura pública 2215 del 5 de junio de 1987 de la notaría 21 de esta ciudad, la Beneficencia de Cundinamarca, como fiduciante y beneficiaria y el Banco Central Hipotecario, como fiduciario, celebraron un contrato de fiducia mercantil que tuvo por objeto la ejecución y posterior venta del proyecto que las partes han convenido en denominar “Ciudadela El Salitre” en Bogotá, a partir de terrenos de propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca, legados a ella por don José Joaquín Vargas Escobar.
2. Previamente a la celebración del contrato de fiducia mercantil, con fecha 8 de abril de 1987, se celebró el convenio de participación interinstitucional para la ejecución del proyecto “Ciudadela El Salitre”, con la intervención de la Presidencia de la República, la Alcaldía de Santafé de Bogotá, la Gobernación de Cundinamarca y el Banco Central Hipotecario.
3. En la escritura de fiducia y en el convenio de participación interinstitucional, se dijo por las partes signatarias: “... que la totalidad de los beneficios económicos líquidos que reporte la ejecución del proyecto corresponden a la Beneficencia de Cundinamarca para seguir siendo destinados por ella al cumplimiento de los fines que señalan sus

estatutos y la voluntad del constituyente del patrimonio inmobiliario que, de esta manera, ha de cumplir la función social de la propiedad reactivando su valor económico”.

4. El contrato de fiducia mercantil suscrito entre la Beneficencia de Cundinamarca y el Banco Central Hipotecario, tenía un objeto y una finalidad específicos, de tal forma que el banco solo podía disponer lo conveniente para la ejecución y venta del proyecto Ciudadela El Salitre.

5. En la escritura pública 2215 del 5 de junio de 1987 de la notaría 21 de esta ciudad, cláusula séptima, numeral séptimo, se convino como una de las obligaciones del fiduciario: “Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, procurando obtener la máxima rentabilidad para la entidad fiduciante y el mayor beneficio social”.

6. En el contrato de fiducia mercantil se contempló en la cláusula novena entre las facultades del fiduciario, previo visto bueno de la junta coordinadora “... negociar la transferencia de lotes, en términos de sectores, manzanas o supermanzanas, a firmas constructoras. Las respectivas transferencias podrán ser hechas a título de venta, o de encargos fiduciarios a sociedades fiduciarias especializadas en fiducia inmobiliaria, conviniendo en cada caso condiciones tales que la Beneficencia de Cundinamarca participe en la plusvalía generada por el proyecto, en proporción a la amplitud de los términos de financiación”.

7. Por escritura pública 8115 del 14 de diciembre de 1989, se introdujo por las partes aclaraciones al contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública 2215 del 5 de junio de 1987 de la notaría 21 de esta ciudad, celebrado entre la Beneficencia de Cundinamarca y el Banco Central Hipotecario, en cuanto a que el área total del terreno transferido en fiducia es de 2.424.829.90 metros cuadrados y se amplían las facultades del fiduciario para recibir garantías en los casos de ventas de terrenos con financiación.

8. Por escritura pública 4.512 del 15 de julio de 1991 de la Notaría Primera de Bogotá, se amplió ilegalmente el término de vigencia del contrato de fiducia mercantil celebrado entre la Beneficencia de Cundinamarca y el Banco Central Hipotecario, hasta el 5 de junio de 1997. Así mismo, por el citado instrumento se autorizó al fiduciario para ceder el contrato de fiducia para la ejecución y venta del Proyecto Ciudad Salitre, a una sociedad filial que organice para el efecto, según los artículos 1º y 6º de la Ley 45 de 1996.

9. Por escritura pública 8.668 del 30 de octubre de 1992 de la Notaría Primera del Círculo de Bogotá, se hizo la cesión del contrato de fiducia mercantil del Banco Central Hipotecario, como cedente, a la Fiduciaria Central S.A., como cesionaria, y donde se estipuló lo siguiente: “No obstante la cesión que aquí se efectúa, el banco será responsable frente a la Beneficencia de Cundinamarca, en los mismos términos establecidos en el contrato original, por todas las actuaciones anteriores, presentes y futuras derivadas de los actos, gestiones, procedimientos y en general, por todo aquello ejecutado por él en desarrollo del contrato de fiducia hasta la fecha de la presente escritura pública, aun cuando las consecuencias de tales actos o gestiones sean posteriores a esta”.

10. En el contrato de fiducia mercantil se pactó una remuneración para el fiduciario en los siguientes términos: “... a) El equivalente al tres por ciento (3%) anual liquidado mensualmente, sobre el valor de los inmuebles indicado en la cláusula sexta anterior ...; b) El tres por ciento (3%) sobre el precio final de cada una de las enajenaciones que efectúe en desarrollo de este contrato...”.

11. La actividad que desarrolla la Beneficencia de Cundinamarca en favor de los ancianos, orates, mendigos y menesterosos del departamento, necesita de recursos monetarios que obtiene la entidad fundamentalmente de la venta de terrenos que le han sido legados.

12. La Beneficencia de Cundinamarca, a la cual la actividad de construcción y mercadeo de proyectos inmobiliarios le tiene que resultar del todo ajena, confió en la diligencia y pericia del Banco Central Hipotecario, para que en cumplimiento de un encargo específico ejecutara el proyecto “Ciudad Salitre”, mediante el pago de dos comisiones (ver núm. 10 *supra*).

13. Dos aspectos eran claves para la Beneficencia de Cundinamarca y de máxima prioridad para ella, razón por la cual pasaron a ser factor determinante del contrato de fiducia y de sus posteriores aclaraciones y adiciones: un tiempo máximo dentro del cual debía ejecutarse el proyecto y la rentabilidad del mismo, que sería de provecho

exclusivo para el beneficiario de la fiducia.

14. La Beneficencia de Cundinamarca no podía comprometer los terrenos legados en empresas que no le aseguraran una máxima rentabilidad o que no le permitieran hacerse a liquidez en el menor tiempo posible, por la sencilla razón de que las necesidades de los desvalidos y menesterosos no dan tregua ni permiten la pausa.

15. La Fiduciaria Central S.A. luego de habersele cedido el contrato de fiducia mercantil por el Banco Central Hipotecario y de no haber hecho absolutamente nada para la ejecución y venta del Proyecto Ciudad Salitre, a la vista del vencimiento del contrato y de las jugosas comisiones que iba a perder, resolvió deshacerse del patrimonio autónomo mediante treinta y dos operaciones de venta a poderosos constructores privados que no fueron compradores serios de los terrenos.

16. La Fiduciaria Central S.A. dismanteló en un santiamén el patrimonio autónomo que se había constituido con los bienes de la Beneficencia de Cundinamarca, bastándole conseguir algunos constructores seleccionados vaya a saberse cómo y realizar con ellos en solo treinta días, es decir del 5 de mayo al 5 de junio de 1997, treinta y dos operaciones de venta cuando ya estaba vencido el contrato de fiducia.

17. El afán de la Fiduciaria Central S.A. por deshacerse a las volandas de los lotes materia de la fiducia y por causar a su favor millonarias comisiones, se explica por cuanto ya no sería posible otra prórroga, toda vez que se encontraba vigente la Ley 80 de 1993 que prohibía o por lo menos limitaba muy seriamente, la constitución de patrimonios autónomos con los bienes de propiedad de las entidades públicas.

18. La operación relámpago consistente en la venta en solo treinta días, de todo el patrimonio autónomo, constituyó violación rampante de las obligaciones contraídas por el Banco Central Hipotecario y la Fiduciaria Central S.A. en el contrato de fiducia mercantil celebrado con la Beneficencia de Cundinamarca.

19. Todas las operaciones de venta se celebraron a unos precios muy por debajo del valor comercial del metro cuadrado para la época de las transacciones en la zona del Salitre y obviamente por debajo de los precios a los que había vendido en el mismo sitio la propia fiduciaria tiempo atrás.

20. Un patrimonio que valía en su momento, a precios reales, más de doscientos cincuenta mil millones de pesos, desapareció por completo, para ser sustituido por unas obligaciones eventuales.

Al desprenderse de los terrenos que la fiduciaria enajenó en 1997, la beneficencia perdió la posibilidad de enajenar esos terrenos, arrendarlos, darlos como garantía de créditos o aportarlos a proyectos inmediatos y realmente rentables.

21. La Fiduciaria Central S.A. para realizar el simulacro consistente en la venta relámpago del patrimonio autónomo, se apoyó en las supuestas autorizaciones de la junta coordinadora de la fiducia que no podía estar habilitada por la junta directiva de la Beneficencia de Cundinamarca para fijar las condiciones particulares de cada negocio en forma distinta de la prevista contractualmente, o sea: “Conviniendo en cada caso condiciones tales que la Beneficencia de Cundinamarca participe en la plusvalía generada por el proyecto, en proporción a la amplitud de los términos de financiación”.

22. Los más poderosos constructores de la ciudad se vieron favorecidos con precios ostensiblemente bajos, no teniendo que desembolsar un solo peso por la compra de los lotes, que podrán pagar, según el caso, dentro de cinco, diez, quince, veinte años o más, cuando construidos y vendidos los distintos proyectos, se le reconozca a la beneficencia un porcentaje equivalente al 18% del valor real de venta de la correspondiente unidad inmueble.

23. La Fiduciaria Central S.A., movida únicamente por el afán de lucro, realizó a las volandas treinta y dos operaciones de venta, conviniendo un precio ridículo que jurídicamente no existe porque es indeterminado e indeterminable, puesto que depende únicamente de la voluntad de quien compró el lote, pagadero a plazos que inclusive pasan los veinte años y para rematar tamaña defraudación, decidió que el precio de compra sería indexado anualmente con los índices de precios al consumidor publicados por el DANE y no de acuerdo a la valorización previsible de los terrenos urbanos más apetecibles de Colombia.

24. Los lotes recibidos por los constructores con todas las obras de urbanismo al día efectuadas con dineros de la beneficencia, podrán ser reintegrados por los compradores de la fiduciaria sin sanción alguna, si al cabo de los años resuelven que no es rentable construir. Pero por el contrario si concluyen que el negocio es mejor de lo previsto y no hay por qué hacer partícipe del mismo a la beneficencia, podrán pagarle a esta, en cualquier momento, el precio indexado, esto es el mismo precio inicial, sin un peso de la gigantesca valorización de esos lotes con el transcurso del tiempo.

25. En todos los treinta y dos negocios de venta se renunció a la condición resolutoria tácita derivada del no pago del precio, sin importar obviamente que los plazos para la solución de la respectiva obligación pudieran extenderse hasta más allá de los veinte años.

26. La liquidación del contrato de fiducia mercantil, celebrado entre la Beneficencia de Cundinamarca y la Fiduciaria Central S.A., por medio de la escritura pública 3.945 del 1º de julio de 1997 de la Notaría Primera de Santafé de Bogotá, no fue autorizada por la junta directiva de la Beneficencia de Cundinamarca, y el contenido de esa escritura constituye reconocimiento expreso del incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del fiduciario. El paz y salvo allí otorgado por la gerente de la Beneficencia de Cundinamarca sin autorización de la junta directiva, es completamente ilegal y la liquidación del contrato no se ha cumplido en absoluto.

27. Con la escritura pública 4.512 del 15 de julio de 1991 de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá, aparece protocolizada el acta 4 del 11 de julio de 1991, donde constan los pormenores de la reunión celebrada por la comisión designada por la junta general de la Beneficencia de Cundinamarca y el Banco Central Hipotecario, para acordar las condiciones que regirán la prórroga del contrato de fiducia mercantil y llegado el caso a autorizar la prórroga pero jamás a fijar la extensión de la misma.

La junta directiva de la Beneficencia de Cundinamarca, según acta 9 del 13 de junio de 1991, prorrogó el plazo del contrato de fiducia mercantil suscrito con el Banco Central Hipotecario hasta el 31 de diciembre de 1994.

28. Cuando la Fiduciaria Central S.A. en acción relámpago y siniestra, resolvió en convivencia con treinta y dos empresarios reconocidos por su poder económico, escamotearle a la Beneficencia de Cundinamarca la totalidad de su patrimonio, el contrato de fiducia mercantil que le servía de aparente sustento jurídico, llevaba dos años y medio de extinguido.

29. La Fiduciaria Central S.A. al realizar las treinta y dos operaciones de venta de los lotes que eran de propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca, no solo incumplió gravemente los compromisos que se habían adquirido en el contrato de fiducia mercantil sino que actuó con dolo manifiesto al apoyar su conducta en unas supuestas atribuciones de las que ya carecía.

II. Consideraciones del tribunal

1. Origen y desarrollo institucional del contrato de fiducia

1.1. El convenio interinstitucional

Para el tribunal resulta imposible entender el proceso arbitral que se ha venido desarrollando sin que lo anteceda el análisis cuidadoso del convenio interinstitucional.

¿En efecto, este proceso se refiere a un contrato de fiducia inmobiliaria por medio del cual la Beneficencia de Cundinamarca celebró un acuerdo con el Banco Central Hipotecario para vender unos lotes de su propiedad?

¿O, por el contrario, se trata de un programa de desarrollo urbano promovido por la Presidencia de La República con participación de la gobernación del departamento y de la alcaldía de Bogotá, que tenía como finalidad crear un polo de desarrollo previsto en el proyecto del Gobierno Nacional, para influir en la densidad en determinadas áreas de la ciudad entre las calles 7ª y 45 y las carreras 3ª y 30ª? Si leemos con atención el texto del citado convenio tenemos que concluir que jamás se trató de hacer un desarrollo inmobiliario cualquiera; si así hubiera sido, resultaría incomprensible la existencia de la junta coordinadora a la cual nos referiremos posteriormente, y resultaría incomprensible también la presencia en ella desde 1987 hasta 1997, cuando se liquidó el contrato de

fiducia, de un representante del Presidente de la República y de sendos representantes de la gobernación de Cundinamarca y de la Alcaldía del Distrito Mayor de Bogotá.

Por tanto tenemos que concluir que el convenio tenía dos finalidades, en orden descendente: la primera, servir de punto de partida para un desarrollo importantísimo de la ciudad de Bogotá por medio de un proyecto urbanístico que desbloquearía el occidente de la ciudad por mucho tiempo taponado por las tierras que pertenecieron a don José Joaquín Vargas y que fueron legadas a la Beneficencia de Cundinamarca; en virtud de que el destaponamiento de la ciudad por sus linderos occidentales involucraba tierras de propiedad de una entidad de derecho público como es la Beneficencia de Cundinamarca, se concibió que todas las entidades del estado participantes en ese gran proyecto de desarrollo urbano configuran una junta coordinadora la cual tendría como primera misión velar para que todo el desarrollo urbanístico que debería hacerse simultáneamente con otros, en otras áreas determinadas por la Presidencia de la República a las cuales ya hemos hecho referencia, se adelantase de conformidad con los parámetros establecidos por el gobierno para tal desarrollo.

Por supuesto, tratándose de cualesquiera tierras pero, más aún, de las de la Beneficencia de Cundinamarca cuya finalidad es la de atender a los desvalidos del departamento, tenía que tenerse especial cuidado, y esta es la segunda finalidad del proyecto: que no sufriese desmedro económico el patrimonio de la entidad. Por lo tanto, en el análisis que se hará en este laudo se tendrá como referente constante el convenio interinstitucional que va a guiar las decisiones que llevan a la venta de los 32 lotes en los meses de mayo y junio de 1997 y a la liquidación del contrato de fiducia y, por supuesto, también se tendrá en cuenta si la junta coordinadora cumplió con su misión de proteger los derechos y el patrimonio de la Beneficencia de Cundinamarca que no podía dejarse de lado aun cuando la finalidad primordial fuese, como ya lo hemos repetido, la de promover un desarrollo urbanístico que debería cambiar la naturaleza y la densidad de todo lo que podríamos denominar el centro de la ciudad de Bogotá.

Vamos a seguir, pues, en su orden, los acontecimientos tal como se desarrollaron.

En el convenio interinstitucional se acordó que la Beneficencia de Cundinamarca, dueña de los terrenos necesarios para poder hacer el desarrollo urbanístico que había planeado la Presidencia de la República, debería celebrar un contrato de fiducia con otra entidad del Estado, el Banco Central Hipotecario, para que a través de ese mecanismo de común uso en desarrollos inmobiliarios se desarrollase la venta de los terrenos de la Beneficencia de Cundinamarca promoviendo a la vez el desarrollo urbano.

¿De qué manera podía asegurarse el Gobierno Nacional que el proyecto se cumpliera de acuerdo con sus intenciones? Ya lo había dicho el convenio interinstitucional y había sido aceptado por todas las partes: creando una junta coordinadora cuya misión era fundamentalmente la de vigilar que no se apartase el desarrollo de los parámetros del gran proyecto urbanístico previsto para Bogotá y que, en segundo lugar, como ya lo hemos dicho varias veces, se protegiese el patrimonio de la Beneficencia de Cundinamarca.

Nace pues la junta coordinadora con representación de la Presidencia de la República la gobernación de Cundinamarca, el Distrito Especial de Bogotá, la junta general de la beneficencia y el Banco Central Hipotecario.

Si bien en el contrato de fiducia y antes de él en el documento contentivo del acuerdo interinstitucional, no aparece totalmente claro que la junta coordinadora asume la totalidad de las funciones que en un proyecto cualquiera de esa naturaleza corresponderían a la junta general de la beneficencia, sí se desprende de los hechos que la junta general pareció haber entendido que no tenía que ocuparse más del tema y que al designar sus representantes en la junta coordinadora y dejar que estos tomaran todas las decisiones relacionadas con el desarrollo del proyecto, podía dedicarse a lo que realmente sabía hacer según declaraciones de los propios miembros de ella y era a administrar los establecimientos dedicados a acoger a los desvalidos que tradicionalmente han sido objeto de cuidados por parte de la beneficencia.

Es por ello que vemos cómo, desde que se crea la junta coordinadora, empieza a desdibujarse la junta general de la beneficencia y no vuelve ella jamás a ocuparse de cómo está funcionando el contrato de fiducia ni cuáles son sus resultados; únicamente, más adelante, cuando se comienza a discutir en el año 1991 la prórroga del contrato en el seno de la junta coordinadora; el síndico siente la necesidad de hacer conocer a la junta general lo que está ocurriendo y por ello lleva a discusión de esta el tema de la renegociación del contrato tal como se refleja en el acta

9 de la junta general y que luego se menciona nuevamente en las actas 11 y 2 de la misma junta correspondientes, las dos primeras al año de 1991 y la segunda al año de 1992.

Tenemos que concluir, en consecuencia, que la junta coordinadora asumió la representación de la Beneficencia de Cundinamarca en todo lo relacionado con el proyecto de Ciudad Salitre y que, por lo tanto, correspondía a ella aprobar o improbar todas las propuestas que el fiduciario le hiciese para desarrollar el proyecto de conformidad con los esquemas propuestos por la Presidencia de la República y aprobados cuando se firmó el convenio interinstitucional.

Lo anterior no obsta para que señalemos de paso, cómo en un momento dado todo el mundo, tanto el fiduciario como el fiduciante, y como la junta coordinadora, olvidaron una de las condiciones previstas en el convenio interinstitucional: y es la que se desarrollaría un complejo urbanístico que sería el motor del desarrollo de Bogotá, pero que este tendría como objetivo dotar de vivienda a las clases más necesitadas. Cuando se creó toda una organización por parte del Banco Central Hipotecario para promover el proyecto y se colocó a su cabeza al doctor Guillermo Gómez Estrada, parecería que todo el mundo se convenció de que estaba adelantando un proyecto inmobiliario puramente financiero y no un gran proyecto de desarrollo destinado al beneficio de las clases más necesitadas, y es así como se aprecia de que manera se van elevando enormemente los precios de la tierra a medida que pasa el tiempo hasta llegar a unos niveles que modifican realmente los estratos destinatarios del proyecto pasando a ser terrenos que podrían calificarse de estrato 4, cuando la verdad es que de acuerdo con las intenciones del convenio interinstitucional se buscaba crear un proyecto destinado a los estratos 2 y 3 y que tuvo como fundamento, como fue de público conocimiento, la idea acertada del presidente Virgilio Barco de que los trabajadores deberían acercarse a sus lugares de trabajo, es decir, que el tema del transporte urbano, que tanto afecta hoy la vida de la ciudad de Bogotá, tendría también un comienzo de solución alrededor del proyecto de Ciudad Salitre al permitir que miles de personas estuviesen cerca de sus lugares de trabajo por tratarse de una zona clave ubicada en un sitio equidistante del centro internacional, del centro Administrativo nacional, y del centro tradicional de la Ciudad de Santafé de Bogotá.

Se diseña en el convenio (cdno. de pruebas 1, fl. 112) un proyecto y se aclara que este será construido en un todo de acuerdo con la política urbana del Gobierno Nacional y dentro de los parámetros que allí se indican; tal como lo ha señalado el tribunal no es un proyecto inmobiliario cualquiera, no es un proyecto que la Beneficencia de Cundinamarca podía contratar con cualquier urbanizador. Por el contrario, es un proyecto que implica que se hubiese establecido antes, como en efecto se había hecho, una política urbana del Gobierno Nacional dentro de los siguientes parámetros:

“1. Se desarrollará como un proyecto armónico con las acciones que el gobierno adelantará en la “zona central” de Bogotá (comprendida entre las carreras 3ª y 30 y las calles 7ª y 45, como ahora se definen), para su rehabilitación, usos de vivienda, reaprovechamiento de estructuras existentes con destino a usos múltiples y, en general, para lograr un reordenamiento urbano de la ciudad capital. En este contexto amplio se pretende ofrecer un beneficio para toda la comunidad, con énfasis especial para que la población de bajos y medianos ingresos pueda lograr una solución adecuada de vivienda y de servicios complementarios, con base en la infraestructura existente y en las adiciones y mejoras que se le introduzcan”.

Se dice también en el mismo convenio que el proyecto debe ser demostrativo de la concepción de la atención global al problema de habitación y de integración social en Bogotá y debe corresponder a un eficiente e intensivo uso de los recursos que la ciudad ha colocado en el área vecina tales como parques, zonas deportivas, centros administrativos, etc. todo lo cual debe llevar a que la alta densidad de vivienda en el área de influencia del proyecto constituya un nuevo regulador del crecimiento de la ciudad.

No tiene dudas el tribunal, de conformidad con todo lo anterior, de que este proyecto era un proyecto especial y así lo han reconocido diversos testigos que han participado, o han rendido su declaración, en este proceso aun cuando no es necesario recurrir a ellos pues el mismo texto del convenio interinstitucional así lo establece.

Pero, entonces, ¿dónde quedaban los intereses de la Beneficencia de Cundinamarca? Estos por supuesto quedaban a salvo puesto que en el objeto del convenio se establece con claridad que todos los beneficios económicos líquidos que resulten de la ejecución del proyecto corresponden a la Beneficencia de Cundinamarca para seguir

siendo destinados por ella al cumplimiento de los fines que señalan sus estatutos y la voluntad del constituyente del patrimonio inmobiliario que, de esta manera, ha de cumplir la función social de la propiedad, reactivando su valor económico.

Queda, pues, en claro, que al exigir el desarrollo urbano una acción en estos terrenos que bloqueaban la ciudad por su costado occidental y ser estos de la Beneficencia de Cundinamarca, el gobierno tenía que tener en cuenta no solo el gran diseño para transformar el centro sino los intereses de una entidad dedicada a atender a las gentes menesterosas y necesitadas.

Y precisamente para conjugar los intereses de todas las partes es que se crea la junta coordinadora y se indica claramente cómo sus miembros, que ya hemos mencionado, tienen toda una responsabilidad frente al conjunto, y es esta la de asegurar que cada uno de los participantes llevará a cabo las acciones que le corresponden para que ese gran desarrollo urbanístico de la ciudad tenga éxito. Por ejemplo, la Presidencia de la República debe apoyar y coordinar el desarrollo del proyecto para garantizar que su ejecución se mantenga dentro de los límites de la política social del gobierno, mientras que la Alcaldía Mayor de Bogotá, con la colaboración de la junta coordinadora, debe analizar los estudios sobre el proyecto para mejorarlos y actualizarlos especialmente en cuanto hace relación a la estructura de la planeación urbana, y realizar otra serie de labores; por su parte, la gobernación de Cundinamarca, independientemente de la beneficencia, deberá apoyar y coordinar el desarrollo del proyecto en la órbita departamental, emitiendo y aprobando dentro de su competencia las decisiones necesarias para que la ejecución del proyecto se ajuste a las directrices del gobierno nacional ...

La beneficencia debe acordar con el Banco Central Hipotecario los términos de un contrato de fiducia mercantil sobre las áreas definidas como necesarias para la ejecución del proyecto y el Banco Central Hipotecario, a partir de la firma del contrato de fiducia, actuará como entidad fiduciaria del patrimonio autónomo necesario para la ejecución del proyecto.

Es de resaltar cómo en el literal c) del punto 5º del acuerdo interinstitucional (cdno. de pruebas 1, fl. 114) se señala que el Banco Central Hipotecario “actuará como una de las entidades financiadoras en el estudio y concesión de créditos para proyectos específicos de vivienda que someta a consideración la iniciativa privada. Los plazos de estos créditos serán los máximos permitidos y se estudiarían las fórmulas a veinte (20) años”. (Resalta del tribunal).

Como último punto relevante del convenio queremos señalar el relacionado con la creación de la junta coordinadora del proyecto “que asesorará al Banco Central Hipotecario en las gestiones necesarias del Proyecto Ciudadela del Salitre”.

Se aclara en el mismo texto que estamos transcribiendo que “el establecimiento de esta junta coordinadora no implica la creación de un nuevo o nuevos entes administrativos ni asunción por parte de ella de las funciones que por virtud de la constitución, las leyes, los reglamentos, o los estatutos, corresponden a las entidades que suscriben este convenio, pero será gestora de la vigilancia de su cumplimiento y garante de la producción de las acciones gubernativas para la realización del proyecto”. (Resalta el tribunal).

Y se agrega: “Como factor permanente de equilibrio entre fiduciante y fiduciario se acudirá a ella en demanda de las instrucciones que debe impartir la primera y recibir el segundo en los casos en que así lo determinen las circunstancias del desarrollo del proyecto”. Como ya lo indicamos, hay dos aspectos que tenemos que resaltar: el primero, cómo la decisión de que este proyecto de desarrollo urbano se destine a la población de bajos y medianos ingresos es expresa, lo cual se olvidó en un momento dado por la junta coordinadora misma, a pesar de que en ella han estado sentados los representantes del Presidente de la República desde 1987 hasta cuando se produjo la liquidación del contrato.

El segundo punto es el relacionado con las funciones de la junta coordinadora que debe asesorar al fiduciario en las gestiones necesarias del proyecto Ciudad Salitre y servir de fiel de balanza entre el fiduciario y el fiduciante sin que se haya precisado que la junta coordinadora reemplaza la junta general de la beneficencia en cuanto a las funciones que como fiduciante ella podría tener. Por supuesto, se aclara que como factor permanente de equilibrio entre ambas partes se acudirá a ella para recibir las instrucciones que debe impartir el fiduciante y recibir el

fiduciario en los casos que así lo determinen las circunstancias del desarrollo del proyecto; redacción equívoca que se presta a confusión en cuanto a las verdaderas funciones que la comisión coordinadora podía desempeñar y a las que de facto, desempeñó.

1.2. El contrato de fiducia mercantil

Por escritura 2215 del 5 de Junio de 1987 de la Notaría Veintiuna del Círculo de Santafé de Bogotá, la Beneficencia de Cundinamarca y el Banco Central Hipotecario formalizaron el contrato de fiducia mercantil que se había acordado celebrar en el convenio interinstitucional. En él, después de determinar los terrenos que harían parte del proyecto y de englobarlos para tener la cédula catastral única, se establece como obligación del fiduciario “cumplir las instrucciones y directrices que respecto del proyecto imparta su junta coordinadora en los términos de esta escritura”. (Negrilla del tribunal). Se trata de un punto de la mayor importancia para el análisis del proceso puesto que, ya lo dijimos, el convenio interinstitucional no dio a la junta coordinadora toda esta amplitud en cuanto a sus facultades y, por supuesto, no pretendió tampoco, y así lo dice expresamente, que la junta coordinadora reemplazara la junta general de la Beneficencia de Cundinamarca; sin embargo, en el contrato que estamos comentando, se establece que el fiduciario debe cumplir las instrucciones y directrices de la junta coordinadora de manera que, aparentemente, al ser suscrito este por el síndico de la beneficencia en desarrollo de las aprobaciones que le otorgó la junta general en acta 09 de 1987, la junta general delegó en la junta coordinadora del proyecto la función de dar las instrucciones al fiduciante de cómo habría de desarrollarse el proyecto al cual hacía referencia el contrato.

Sea este el momento de aclarar cómo la junta coordinadora, cuyos miembros mencionamos en forma general, queda expresamente constituida en el convenio interinstitucional por el representante del Presidente de la República, el alcalde mayor de Bogotá, el gobernador de Cundinamarca, el síndico de la beneficencia y, adicionalmente, por un miembro de la junta general de la beneficencia escogido entre quienes en ella representan a la asamblea del departamento, un miembro de la junta directiva del Banco Central Hipotecario designado por este y el gerente general del Banco Central Hipotecario quien tiene la calidad de asesor, es decir que tendría voz pero no voto en las reuniones de la junta Coordinadora. En cuanto a la importancia de esta queremos señalar cómo en la misma cláusula séptima sobre obligaciones del fiduciario en el punto séptimo se establece: “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, procurando obtener la máxima rentabilidad para la entidad fiduciante y el mayor beneficio social posible, siempre en concordancia con las orientaciones que fije el Gobierno Nacional”.

Esta frase es muy dicente en cuanto a la interpretación que el tribunal ha venido haciendo del proceso puesto que no deja olvidar en momento alguno que el Gobierno Nacional tiene una finalidad que no es propiamente inmobiliaria, como lo hemos repetido, sino la de generar un polo de desarrollo urbano para una gran transformación de la ciudad capital.

Quiere el tribunal insistir en la importancia de la junta coordinadora y para ello citar lo que se establece en la cláusula novena del contrato de fiducia mercantil que venimos analizando. Efectivamente al fijar las facultades del fiduciario en la cláusula mencionada, comienza diciendo: “Con arreglo a las directrices de la junta coordinadora y sin perjuicio del cabal cumplimiento de las obligaciones que la ley y el presente contrato le imponen, el fiduciario dispondrá de facultades ...”.

El punto tercero de la cláusula novena del contrato fiduciario establece que “previa autorización de la junta coordinadora, (podrá el fiduciario) negociar la transferencia de lotes, en términos de sectores, manzanas o supermanzanas, a firmas constructoras. Las respectivas transferencias podrán ser hechas a título de venta, o de encargos fiduciarios a sociedades fiduciarias especializadas en fiducia inmobiliaria, conviniendo en cada caso condiciones tales que la Beneficencia de Cundinamarca participe en la plusvalía generada por el proyecto, en proporción a la amplitud de los términos de financiación. Así mismo, podrá el fiduciario trabajar con base en otras modalidades que demuestren su validez en cada caso, tales como cuentas de participación, participación sobre ventas u otras modalidades contractuales que apruebe la junta coordinadora”. (Resalta el tribunal).

Todo lo anterior nos muestra para efecto del proceso en curso, que la junta coordinadora tenía unas facultades amplísimas, y que el fiduciario solo requería del permiso y aprobación de ella para proceder a desarrollar el

proyecto en sus varios aspectos.

Por otro lado, y también para tener en cuenta dentro del proceso, se tiene que si la junta coordinadora aprobaba un esquema de ventas, el fiduciario podía desarrollarlo con toda tranquilidad; y es así cómo, previa aprobación de la junta podía y pudo negociar la transferencia de lotes en términos de sectores, manzanas o supermanzanas, a firmas constructoras, que fue exactamente lo que ocurrió en los meses de mayo y junio de 1997 de modo que no resulta posible sostener que el fiduciario procedió en una forma independiente e inconsulta, con violación del contrato de fiducia, puesto que es una de las modalidades allí previstas y se cumplió el requisito para que ella fuese utilizable cual es el de la aprobación previa de la junta coordinadora.

Pero además, es claro que podía desarrollar el proyecto con todas las modalidades que se acostumbra en los negocios de finca raíz: cuentas en participación, participación sobre ventas u otras modalidades contractuales que apruebe la junta coordinadora. La participación sobre ventas para la Beneficencia de Cundinamarca fue, precisamente, otra de las modalidades que se utilizaron en las ventas en los meses de mayo y junio de 1997.

El contrato, en su cláusula décima, al hablar de la duración del mismo, establece que ella será de cinco años pero que podrá ser prorrogado por mutuo acuerdo de las partes. De manera que se contemplaba, en consideración a la magnitud del proyecto y a la cantidad de metros de tierra disponibles para construcción, que era muy posible que en el término de cinco años, que vencía el 5 de junio de 1992, no sería posible liquidar el proyecto completo por lo cual quedó previsto desde el comienzo que podría ser prorrogado. ¿Legal y contractualmente, cómo opera la junta coordinadora dentro de la fiducia?

La cláusula decimosegunda del contrato subtitulada “junta coordinadora”, establece con claridad que la determinación de las políticas o directrices generales con base en las cuales el fiduciario adelantará el Proyecto Ciudadela El Salitre estará a cargo de la junta coordinadora constituida en el convenio interinstitucional “cuyo texto se protocoliza con este instrumento y forma parte integral del presente contrato de fiducia”.

Es de la mayor importancia para la comprensión del tribunal que este convenio interinstitucional se haya incorporado al contrato porque eso refuerza nuestra teoría de que el negocio jurídico no puede entenderse sino a la luz de ese mismo convenio que establece cuál es el negocio jurídico que las partes pretenden y que, repetimos, contempla dos fases complementarias: el desarrollo urbano de Bogotá, y el beneficio que debería obtener el fiduciante.

Al incorporar el convenio interinstitucional al contrato las partes contratantes, Beneficencia de Cundinamarca y Banco Central Hipotecario, están aceptando la conformación de esa junta coordinadora que se configuró en el convenio y a la cual en la cláusula decimotercera del contrato de fiducia se le dan unas funciones muy claras, adicionales a las que se habían establecido en el capítulo cuarto del convenio interinstitucional.

Allí se dice con toda claridad que la junta coordinadora puede adoptar su propio reglamento y definir las características esenciales del proyecto, tales como el planteamiento urbanístico y arquitectónico y demás aspectos generales del mismo en un todo de acuerdo, tanto con la política urbana y social del Gobierno Nacional, como con las normas del departamento administrativo de planeación distrital.

Traemos esta cita a cuento porque sigue la misma línea sobre la cual está moviéndose el tribunal y es la de que el proyecto hacía parte de un gran plan del Gobierno Nacional del cual no podía salirse en momento alguno y es así como la misma cláusula a la cual nos referimos dice que es función de la junta coordinadora “fijar las pautas que servirán de base al fiduciario para el manejo del proyecto y, en especial, para contratación, formas de concertación con el sector financiero de vivienda y con los constructores privados, condiciones de venta y de financiación”. Todo ello indica y reitera la posición que el tribunal considera acertada en el sentido de que la junta general de la beneficencia delegó en la junta coordinadora todo lo relacionado con el manejo del proyecto del Salitre y es por tal motivo por el cual en el curso del proceso veremos cómo, en contadas ocasiones y salvo en el momento en que se efectúa la prórroga en el año 1991, aparece la junta general de la beneficencia que de hecho, desde el año 1987 hasta el año 1991 no había tenido participación alguna en él, siendo, con todo, permitido suponer que los delegados de la junta general y el síndico debieron mantener informado al máximo órgano de la institución sobre cómo iba desarrollándose el proyecto.

El acta 09 del 19 de mayo de 1987 contiene un recuento detallado del estudio y aprobación del proyecto de contrato de fiducia presentado a la consideración de la junta general de la Beneficencia de Cundinamarca por el síndico gerente estando presentes el gobernador de Cundinamarca, el secretario general de la gobernación, el delegado de la Presidencia de la República, un delegado del Ministerio de Salud, el delegado de la Curia, cuatro representantes de la asamblea departamental, el delegado de la contraloría, el síndico gerente y el secretario; el síndico procede a comentar el contrato cuyo texto, según él mismo expresa, fue repartido en copia a los miembros de la junta para que pudieran analizarlo antes de esa reunión. Llamam la atención la minuciosidad de la explicación dada a los miembros de la junta general y la discusión que la corporación realiza cláusula por cláusula para concluir aprobándolas en su totalidad y autorizando al síndico gerente para firmar.

Es posible, por lo tanto, concluir que la junta general de la beneficencia era ampliamente consciente de que estaba delegando en la junta coordinadora del proyecto una serie de facultades que excluía su participación directa en el desarrollo de aquel y que le permitían a la junta coordinadora dar todas las instrucciones necesarias al fiduciario para el desarrollo del proyecto en cuestión.

Por lo tanto, y en este estado del análisis, tenemos que concluir que la práctica desaparición de la junta general en el manejo del proyecto que, como lo hemos dicho, se prolonga hasta el acta 09 de 1991 cuando se discute la prórroga, es una consecuencia lógica de la aprobación del contrato de fiducia en el cual se confiere la totalidad de las atribuciones relacionadas con el desarrollo urbanístico a la junta coordinadora que se creó por el convenio interinstitucional el cual, repetimos, hace parte del contrato de fiducia al haber sido expresamente incorporado a este.

1.3. La junta coordinadora

A folio 128 del cuaderno de pruebas 1 aparece el reglamento de la junta coordinadora que esta misma expidió en desarrollo de las facultades que le fueron conferidas en el contrato de fiducia.

En el artículo décimo de dicho reglamento, “funciones de la junta”, se establecen todas aquellas que se tuvieron en mente al suscribir el convenio interinstitucional, y luego las que se fijaron en el contrato de fiducia, adicionales a las previstas en el primero de los documentos mencionados.

Es de señalar que la junta coordinadora estuvo casi siempre presidida por el delegado del Presidente de la República lo cual confirma nuevamente la apreciación del tribunal en el sentido de que se estaba desarrollando un proyecto promovido por el alto gobierno.

1.4. Las actas de las sesiones de la junta coordinadora sobre prórroga del contrato

El tribunal analizó las actas de la junta coordinadora para establecer si en su seno se había tratado el tema de las prórrogas del contrato de fiducia en el año de 1991, con los siguientes resultados:

— En el acta 55 del 10 de octubre de 1990 bajo el acápite “VII Temas varios, 7.1 Revisión al contrato de fiducia”, el doctor Carlos Hernán López, miembro de la junta general de la beneficencia y representante de ella en la junta coordinadora, manifiesta en nombre de la entidad que representa y de la asamblea departamental, que hay inquietudes que se expresan en el deseo de que la junta coordinadora revise los términos del contrato de fiducia en los siguientes aspectos:

a) La financiación del proyecto por parte del Banco Central Hipotecario se ha hecho “con recursos provenientes de los bonos de valor constantes, BVC, y no de los del fondo financiero de desarrollo urbano. Señala el tribunal que las partes no se ocuparon de este tema el cual, aparentemente, tiene que ver con la tasa de interés que el banco estaba aplicando y que fue objeto de la negociación dentro de la cual se pactaron las prórrogas. En el contrato de fiducia, cláusula 7º, numeral 3º, encuentra el tribunal —entre las obligaciones del fiduciario— esta: “Dar atención prioritaria, dentro de las posibilidades y políticas del fondo financiero de desarrollo urbano, FFDU, a la financiación de la infraestructura básica y, si es del caso, a la ejecución de las etapas de arranque en las áreas del proyecto destinada a soluciones de vivienda o a otros usos complementarios. En desarrollo del proyecto de arranque, el fiduciario utilizará los mecanismos de contratación, ventas y financiación aplicables en sus propios proyectos”.

No profundizará el tribunal en este aspecto por la razón ya explicada y lo analizara bajo la forma en que se presenta en el proceso de renegociación del contrato;

b) “El porcentaje de la comisión pactada a favor del Banco Central Hipotecario por su gestión fiduciaria, se causa y se cobra sobre la totalidad del terreno, cuando según su criterio, se está desarrollando tan solo un equivalente al 30% del área fideicomitida”;

c) La revisión del reglamento de la junta coordinadora fijando nuevas políticas que le permitan a esta tomar las determinaciones relativas a la adjudicación de los contratos que suscriba el Banco Central Hipotecario como fiduciario para la ejecución del Proyecto Ciudad Salitre. Al respecto estima que no debería el banco traer a la junta coordinadora informes sobre los hechos cumplidos respecto de la celebración de dichos contratos, sino recomendaciones para que sea esta quien tome las determinaciones del caso.

El tribunal no encuentra tampoco que esta afirmación haya sido debatida dentro del proceso sino que, por el contrario y como ya lo ha dicho, lo que en él aparece es una junta coordinadora fuerte, que ordena cómo se debe ejecutar el contrato de fiducia y aprueba todas las negociaciones puesto que él mismo indica en la cláusula séptima, sobre obligaciones del fiduciario, que este debe “cumplir las instrucciones y directrices que respecto al proyecto imparte su junta coordinadora” ...

En los testimonios de los miembros de la junta coordinadora, que fueron decretados de oficio por el tribunal, y en las actas de aquella a partir de la numerada como 104 y hasta la 117, se corrobora el cumplimiento por el fiduciario de esta obligación, y el reclamo del doctor López no vuelve a ser mencionado, y

d) “Se hace además necesario, en concepto del doctor López, el establecimiento de una auditoría interna por parte de la fiduciante para que el banco no siga hacia el futuro tomando determinaciones unilaterales”.

El tribunal se remite a lo ya dicho en el punto anterior.

En la misma acta que comentamos, el síndico de la beneficencia opina que tal vez el doctor López no tiene una información completa respecto del proyecto ni del contrato, ni tampoco la tienen los miembros de la junta directiva de la beneficencia “y los honorables diputados del departamento”.

Sorprendente afirmación esta, pues el síndico y el doctor López eran precisamente los representantes de esa junta directiva en la junta coordinadora y a ellos correspondía mantener informados a los miembros de la primera.

Lo cierto es que no le faltaba razón al doctor López pues no pasaron muchos meses hasta el momento en que la junta directiva volvió a asumir el estudio del problema de intereses y comisiones junio 13 de 1991, acta 9, sacándolo del ámbito de la junta coordinadora pese a que, como lo ha deducido el tribunal, la primera entendió siempre haber delegado en la segunda la totalidad del manejo del contrato, y con la única excepción a tal conducta que se aprecia en las actas 9 a 11 de 1991 de la junta general (antes directiva) y 2 de 1992, de la misma.

El tribunal ya ha citado el convenio, específicamente cuando dice que la junta coordinadora es “factor de equilibrio entre fiduciante y fiduciario” y “gestor de la vigilancia de su cumplimiento” (el del convenio).

Era entonces natural que el doctor López hubiera tratado sus inquietudes en el seno de la junta coordinadora, y no lo fue que el síndico hubiese trasladado el asunto a la junta general, y esta a una comisión de negociación, como se verá en su momento.

Tan cierto es esto, que el gerente del Banco Central Hipotecario, en la misma reunión que comentamos, propone que se lleve a cabo una reunión extraordinaria de la junta coordinadora para ocuparse de los asuntos en comento.

Los aspectos enunciados por el doctor López habían sido tratados por el mismo síndico en carta del 3 de octubre de 1990, dirigida al gerente del Banco Central Hipotecario, en la cual pide que se reconsideren los “costos financieros que se le están cargando a la fiducia” y las comisiones que conforman la remuneración del fiduciario, de manera que la junta directiva (o general) de la beneficencia no estaba tan mal informada; pero, continuando con el proceso que llevó a la prórroga del contrato por un sistema que se apartó del aplicable normalmente, encuentra

el tribunal que en el acta 56 (oct. 17/90) el gerente del Banco Central Hipotecario aparece distribuyendo abundante información a los miembros de la junta coordinadora sobre todo el desarrollo a partir del convenio interinstitucional, lo cual permite suponer que en el aspecto institucional del negocio sí faltaba información.

Además, dicho gerente manifiesta no tener inconveniente en que se revisen y eventualmente se modifiquen algunas cláusulas del contrato sí “se hubiera roto el equilibrio económico del acuerdo haciendo ostensiblemente más gravosa la situación de una de las partes respecto de las condiciones inicialmente previstas”.

Se aclaró en la misma reunión por parte del subgerente técnico del banco que las normas vigentes le impedían otorgar financiación al proyecto con recursos provenientes del fondo financiero de desarrollo urbano, FFDU, y tal vez este episodio explica que el tema, en esos términos, no hubiera sido tratado más adelante.

Así mismo se trató un aspecto que podría explicar en parte el traslado de la discusión a la junta general: El presidente suplente de la junta coordinadora hace una distinción entre los temas que en su concepto competen a la corporación, y los que son propios de las relaciones entre las partes del contrato, Beneficencia de Cundinamarca y Banco Central Hipotecario, a lo cual el gerente de este aclara que en el seno de la junta coordinadora no se puede modificar parte alguna relacionada con sus propias atribuciones pues ello implicaría la modificación del convenio interinstitucional.

En el acta 57 del 22 de octubre de 1990, se señala que se discutió el tema de la remuneración del fiduciario y que por parte del síndico y del gobernador del departamento se solicitó la reducción de la comisión sobre ventas.

Sorprende al tribunal que ninguna de las partes haya aportado al proceso las actas 58, 59, 60 y 61 de la junta coordinadora, que corresponden al lapso durante el cual se gestó la prórroga como contrapartida de la negociación de la rebaja de intereses y comisiones a favor del Banco Central Hipotecario y en las cuales, seguramente, habría encontrado la explicación de cómo y por qué razón ese tema dejó de tratarse en la junta coordinadora y pasó a ser de la competencia de la junta general de la beneficencia.

Según el acta 62 de 21 de agosto de 1992 de la junta coordinadora, el presidente del Banco Central Hipotecario informa que se prorrogó el contrato de fiducia y entrega copia de la escritura 4512 del 15 de julio de 1991 a cada uno de los miembros.

1.5. Las actas de las sesiones de la junta coordinadora sobre el esquema de ventas de mayo y junio de 1997

Analizada ya la intervención de la junta coordinadora en las negociaciones que culminaron con las modificaciones del contrato de fiducia y, entre ellas, las prórrogas que se discuten en el proceso, conviene examinar la participación de la misma en la definición de la venta de la totalidad de los lotes que aún hacían parte del fideicomiso, y que es el segundo punto esencial de la *litis*.

Ya ha dicho el tribunal que en lo tocante a las condiciones y términos de enajenación de los 32 lotes, le correspondía a la junta coordinadora (tal como lo hizo a todo lo largo de la ejecución del contrato de fiducia) definir tales términos y condiciones, pues, dentro de sus funciones era atribución privativa de ella establecer las condiciones generales de los esquemas básicos para la venta de predios y autorizar los aspectos fundamentales de cada operación puntual.

Veamos, pues, cómo se cumplieron estas funciones:

En el acta 94 del 13 de junio de 1995, puede apreciarse por primera vez que existen inquietudes sobre el desarrollo del proyecto en relación con el valor de la tierra y su incidencia en los costos de construcción, y la presidente pide que se haga un análisis de los precios de la tierra en Bogotá y especialmente en Ciudad Salitre. Dice la doctora Durán de Infante que el fiduciario debe presentar un estudio “pues en Ciudad Salitre aún falta tierra por vender y se debe tener claridad hacia el futuro de las expectativas del proyecto frente a la demanda” ...

Aparece en el expediente, cuaderno 14, un estudio sobre la póliza de cumplimiento que podría hacer parte de esos estudios que se solicitaron; después de exponer los antecedentes de su implantación y los criterios para ella, se indican los “inconvenientes actuales”, que también reflejan la misma preocupación en cuanto a los costos que

inciden en las ventas (“el costo de la póliza implica incremento en el precio del lote”) y en cuanto a su coherencia (“garantiza obligaciones posteriores al vencimiento del fideicomiso”).

El acta 95 no fue aportada pero la 96, del 8 de agosto de 1995, tiene particular relevancia pues se pone de manifiesto en la respectiva reunión que crece la preocupación en cuanto al mercado inmobiliario, salvo en cuanto a la gobernadora de Cundinamarca que en todos los documentos disponibles parece gozar de un optimismo que no resultó justificado a la luz de los hechos.

En efecto, la doctora Sonia Durán de Infante se muestra preocupada con el manejo de los precios que se vienen incrementando mensualmente y el director ejecutivo del proyecto expresa que “existe una disminución general en las ventas de unidades de vivienda terminadas en la ciudad, situación que desestimula la compra de lotes”; que “en algunos importantes sectores de la ciudad se han estabilizado los precios de venta de vivienda y de oficinas, por lo tanto es necesario revisar el ajuste establecido ... para seguir siendo competitivos”...; que “existe una gran incertidumbre del efecto de las medidas del gobierno en la demanda de vivienda y en la inversión inmobiliaria” ...; que “los precios de venta en Ciudad Salitre han crecido en el último año (28.8%) a un ritmo inferior a los incrementos de precios de los lotes (33%), lo que implica un menor margen de utilidad para el constructor”; que “no se puede olvidar que dentro de las preferencias del consumidor de vivienda de estrato 4, el norte de la ciudad sigue siendo su primera opción” ... lo que “explica en parte el por qué no se ha registrado un incremento mayor en los precios de venta de vivienda en Salitre, porque (sic) un incremento por encima de lo registrado podría implicar una disminución en las ventas”; que “las solicitudes de opción para la compra de lotes de vivienda, pasaron en un año de 20 a una, en el caso del lote SMI-16 M-1. Sobre este predio ya han renunciado dos opcionantes después de hacer sus análisis respectivos”; que “... parecería aconsejable congelar los precios de terrenos” para promover el desarrollo del segundo sector y consolidar las “actividades de oficinas en Ciudad Salitre”...; que con un pequeño incremento adicional en el precio de la tierra se cumple “con el propósito de aumentar el margen al constructor, no forzar a un incremento mayor de los precios de las unidades vendidas que pueda colocar a los constructores por fuera del mercado considerando la situación actual del sector inmobiliario”.

El tribunal encuentra que no solo sí había ya razones para pensar que el sector inmobiliario estaba pasando por momentos difíciles en 1995, año que mencionan los peritos inmobiliarios, sino que carece de razón la convocante al sostener que ese año y el siguiente fueron de apogeo del mercado de finca raíz en el Salitre. Al menos no lo pensaban así los miembros de la junta coordinadora ni el director ejecutivo del proyecto.

Confirma la anterior apreciación el estudio elaborado por el fiduciario por solicitud de la junta coordinadora, para cuya elaboración se tuvieron en cuenta los de Camacol y Fedesarrollo, en el cual se insinúa el comienzo de una crisis:

“El crecimiento de consumo de cemento se ha desacelerado”...

“La cartera de constructores se está desacelerando y los préstamos por desembolsar tienen una variación decreciente”.

“Se ha encontrado que hay un aumento en unidades de vivienda terminada. Entre septiembre de 1994 y marzo del presente año (1995) solo el 66% de las unidades ofrecidas se vendió mientras que está aumentando el número de soluciones que llevan más de 6 meses en oferta”.

“De acuerdo con el estudio de Camacol, se presenta un incremento de la oferta en Bogotá para 1994 y 1995, realmente considerable”.

“En la ciudad se está presentando un fenómeno de desaceleración en las ventas, que exige un ajuste en las compañías constructoras para acomodarse a la menor demanda”.

Hasta aquí los síntomas de la enfermedad; ¿el diagnóstico?

“Los constructores grandes cuentan con los recursos y la diversificación suficientes para resistir una desaceleración de las ventas e incluso para iniciar nuevos proyectos en las épocas de baja demanda” ...

“Se estima que el sector inmobiliario puede estar en un ciclo de decrecimiento que podría durar unos dos años, pero existen factores externos al mismo que pueden incidir en forma considerable en su duración y magnitud ... Todo lo anterior ha generado una incertidumbre que puede causar la división por parte de los compradores e inversionistas de posponer sus inversiones, de las entidades crediticias de incrementar sus exigencias para el otorgamiento de créditos, así como la disminución de plazos, etc. ..., lo que a su vez puede generar una disminución en la demanda con consecuencias en la dinámica del sector inmobiliario”.

El tribunal lamenta que los constructores no hubiesen tomado en cuenta sino las primeras frases del estudio elaborado por su propio gremio, fenómeno que ha causado la paralización y, en ocasiones, la desaparición de muy importantes empresas.

La junta coordinadora, prudentemente, sí disminuyó el ritmo de aumento de precios de la tierra el cual, como lo hemos dicho en dos oportunidades, hizo que Ciudad Salitre pasará de ser un proyecto de estrato 3 —lo que se deduce del convenio interinstitucional— a uno de estrato 4, con desconocimiento del espíritu que engendró parcialmente la idea del desarrollo urbanístico.

¿Cómo reprimir la tentación de cambiar la naturaleza del proyecto, cuando la junta coordinadora pudo elevar los precios entre 1992 y 1993 en 85.6%, entre 1993 y 1994 en 57.7% y entre 1994 y 1995 en 82.9%? ¿Cómo no pensar, *a posteriori*, que era fatal que el proyecto se paralizara, como se paralizó, y que solo especiales atractivos permitirían que el fiduciario cumpliera su encargo, como lo hizo en 1997? ¿Podía la Beneficencia de Cundinamarca en medio de una crisis que no la conmovió, y cuya existencia aún no parece verosímil a la convocante, tener éxito donde han fracasado los profesionales?

Prueba de ello es que la mayoría de los 32 lotes vendidos en mayo y junio de 1997 no han podido ser desarrollados y que seguramente algunos de ellos (vivienda) no alcanzarán a serlo dentro de los plazos del contrato maestro que prevé un plazo de siete años para iniciar las obras y de diez para terminarlas, de los cuales han transcurrido tres sin que esos dos años (solamente) de duración de la “desaceleración” de que habla Camacol hubiesen podido resultar más insuficientes. Naturalmente, la desaceleración se convirtió en crisis y hoy los peritos hablan del año 2005 como el de una posible recuperación del sector inmobiliario; sí así fuese habrían transcurrido ocho años desde la firma de los contratos y, de no haberse iniciado las obras en 2004, ya no se podrían cumplir los contratos y los compradores de lotes para vivienda tendrían que haberlos comprado al precio básico individual, indexado con el IPC en momentos en que la finca raíz ha perdido en tres años el 32% de su valor como lo señalan los expertos, lo cual sería favorable para la beneficencia que recibiría por ellos un valor comercial teórico por encima del valor comercial real y los compradores podrían irse a la bancarota, después de haber pagado además impuestos, tasas y costos de vigilancia por varios años, salvo que hicieran dación en pago, lo cual no mejora mucho las cosas.

Para actividad múltiple el caso es aún peor: entre 1991 y 1992 la junta coordinadora eleva los precios en 33.1%, entre 1992 y 1993 en 95.2%, entre 1993 y 1994 en 76.8%, entre 1994 y 1995 en 41.72%; en este último año y ante perspectivas algo sombrías, solo los eleva en 16.5%.

Todo el problema financiero del Salitre se aprecia al ver cómo los precios se elevaron durante años por encima de la inflación y desde 1995 y especialmente 1996, el valor de la tierra no solo no creció al ritmo del IPC, sino que ha sufrido un demérito en relación con los precios de 1996, en valores corrientes y, por supuesto, aún peor, en pesos constantes.

¿Cuándo el estudio del fiduciario señala que los precios del Salitre en 1995 son superiores a la inflación, a partir de 1992, en un 304% en vivienda y en 283% en actividad múltiple, puede razonablemente pensarse en que este ritmo desaforado podía seguir? No piensa el tribunal que pudiese haber sido así y que parecería que aún los precios de comienzos de 1996 y de 1997, fueron inusitadamente altos.

En verdad el fiduciario solo acepta la realidad de la crisis en 1997; el fiduciante tampoco da instrucciones sobre la política a seguir (si es que alguna tenía), y la junta coordinadora solo tomó a comienzos de ese año la decisión de crear un régimen especialmente atractivo para vender, después de que fracasaron los megaproyectos y se secó la demanda.

La necesidad de dar cumplimiento al convenio interinstitucional para los fines superiores del reordenamiento urbano, y mientras él estaba todavía vigente, hacía necesario vender todos los lotes restantes. ¿Por qué? Porque al terminar el fideicomiso finalizaba así mismo el convenio interinstitucional y la beneficencia podría disponer de las tierras como a bien tuviere con el riesgo de desbaratar la gran idea que dio origen a Ciudad Salitre.

Por lo tanto es claro que, al tener la junta coordinadora la obligación de velar porque se cumplieran los altos fines que fueron causa del proyecto, tenía fatalmente que autorizar las ventas de mayo y junio de 1997, como lo hizo, pues ya la Nación y el distrito habían cumplido con lo suyo.

Y al ser así, y existiendo una grave crisis, solo se podía cumplir con una obligación moral y contractual consiguiendo las mejores condiciones posibles en un mercado de compradores, y no está probado que las que se pactaron no lo fueran o lo sigan siendo en la coyuntura económica actual.

Antes de terminar esta parte del análisis regresa el tribunal al estudio de Camacol-Fedesarrollo para tratar el caso de los lotes de uso múltiple respecto de los cuales se dice que en junio de 1995 había en Bogotá un exceso de oferta de oficinas de más de 200.000 metros cuadrados, representando Salitre un 9% del total, porcentaje importante según el estudio.

Además, los precios de Ciudad Salitre eran superiores al promedio del resto de la ciudad e iban incrementándose, sin menospreciar la encuesta sobre preferencias de las empresas, muy desfavorable al Salitre: 51% dijeron preferir el Chicó, otras Chapinero, Multicentro y Teusaquillo. Ninguna de las empresas encuestadas mencionó Salitre.

¿Se podría pensar en estas condiciones, como la realidad lo ha demostrado en los tres años que han transcurrido, que no era importante cambiar el uso de lotes de uso múltiple a vivienda, y establecer para los primeros condiciones y plazos aún más atractivos que para los segundos?

Cuando se habla de plazos inusuales, hay que hablar de situaciones inusuales que los mismos peritos reconocen que no se daban desde la crisis de 1929. Esto obliga al tribunal a estudiar con singular cuidado el tema, como lo viene haciendo. ¿Veinte años de plazo son una monstruosidad cuando ya no había mercado (1997)? ¿La son hoy en día, cuando tampoco lo hay?

Cuando el estudio habla de perspectivas incurre en apreciaciones que han mostrado ser casi temerarias: “habría a partir de 1995 un rápido crecimiento de los ingresos familiares” y no solo ha habido un decrecimiento sino que el desempleo se ha pegado alrededor del 20%, el mayor de Colombia en su historia.

La baja devaluación que, dice el estudio, “genera un influjo favorable sobre la construcción” resultó a la larga ser gigantesca causando serio perjuicio a la construcción y grandes beneficios a las exportaciones.

Se señalaban como factores desfavorables las altas tasas de interés que, en efecto, se mantuvieron durante 1997, 1998 y 1999; la escasez de crédito, que es aún más grave después de la crisis del sector financiero y de la decisión de la Corte Constitucional sobre la UPAC; el incremento del precio de los inmuebles que limita la demanda de alquileres y de compra de vivienda, que es una realidad.

En conclusión, y son algunas de las conclusiones del estudio:

— Se esperaba un crecimiento del producto bruto interno, que sí se dio en 1995, pero que luego cayó hasta ser negativo en 1999, según cifras públicas del DANE.

— Se esperaba una crisis corta y fuerte, y resultó ser larga y fuerte, como es de público conocimiento y como lo señalan los peritos inmobiliarios.

— La situación del dólar paralelo con el oficial generaba la tendencia al ingreso de capitales; hoy en día, según informes del gobierno y del DANE la inversión extranjera es mínima y se calcula que hay salida de capitales.

— La demanda responde al mayor ingreso de las familias, que no se ha dado.

— La tasa de interés (en 1995) volvería a subir: ocurrió de manera marcada en 1996, 1997, 1998 y parte de 1999,

para descender en 2000 sin apreciables cambios en la descendente tendencia de la construcción, según las estadísticas del DANE.

— La escasez de crédito dificultará la financiación de proyectos de construcción y reducirá la demanda de compra de vivienda, lo cual está ocurriendo.

Ya el tribunal ha hecho los comentarios pertinentes y no es del caso volver sobre ellos.

Faltan varias actas no aportadas al proceso y hay otras que no son pertinentes, como si lo es la 101 del diez (10) de diciembre de 1995, cuando en la respectiva sesión se toman medidas para acelerar las ventas, tales como congelar por un trimestre el aumento en el valor de la tierra pues “los precios de la tierra dentro del proyecto están altos”. La gerente de la fiduciaria considera que los plazos de pago de los lotes son muy cortos y que “teniendo en cuenta el estado actual del mercado inmobiliario ... se hace necesario encontrar estímulos para los constructores interesados en adquirir lotes en Ciudad Salitre, por lo cual la junta coordinadora autoriza por unanimidad la venta con pago a largo plazo, con intereses al DTF + 3”.

Se advierte en la misma sesión que en actividad múltiple la ciudad va a tener una sobreoferta de oficinas, lo cual afectará la venta de lotes con tal destinación.

En el acta 103 de fecha 13 de marzo de 1996 se sigue poniendo en evidencia que el proyecto no marcha muy bien: se aprueba facultar la comercialización dividiendo en unidades de menor superficie lotes de uso múltiple y de vivienda y se cambia la destinación de varios lotes de uso múltiple a vivienda.

Y el ovillo se sigue desenredando: además de reafirmar la venta a plazos (12 meses) comienzan a aparecer nuevas iniciativas que constituyen claros antecedentes de las ventas de mayo y junio de 1997:

— Pago de lotes con áreas construidas.

— Pago de lotes contra ventas de las unidades resultantes de la construcción, garantizado por la constitución por parte del comprador de una fiducia o una garantía.

La junta aprobó el pago del precio con áreas de construcción de actividad múltiple pero no con un porcentaje de la venta de cada una de las unidades.

Sin embargo en el acta 104 de 1996 se narra que la junta coordinadora resuelve dar otro debate al tema del pago de lote contra venta de las unidades resultante de la construcción que el delegado del BCH defiende pues “La Beneficencia de Cundinamarca no debe convertirse en administradora de finca raíz ...”. La delegada del Presidente de la República, Isabel Martínez, que más tarde aprobaría las ventas de mayo y junio de 1997 y a cuyo testimonio el tribunal ha dado gran credibilidad, opina que es útil repensar el sistema inicial de concertación ajustándolo a la realidad presente “pues se soluciona en parte el problema inmediato del mercado inmobiliario y cree más interesante recibir dinero a futuro pues así la entidad no se queda administrando bienes”.

Entiende el tribunal que la “entidad” es la beneficencia.

El director ejecutivo del proyecto explica a la gobernadora de Cundinamarca que si a la terminación del contrato de fiducia el proyecto no alcanza a recibir el pago de la totalidad de este, “pues para junio de 1997 aún no se han enajenado todas las unidades resultantes del proyecto ... es necesario garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el constructor” y propone que ello se haga mediante la constitución de una fiducia por el comprador, en la cual la beneficencia sería el beneficiario. “Ciudad Salitre” escritura el terreno a esta nueva fiducia que tiene como finalidad que se pague el valor del terreno; la fiduciaria solo escrituraría unidades resultantes de la construcción si media el pago de la proporción del lote que le corresponda. Si no se desarrolla el proyecto la fiduciaria puede vender el lote a un tercero y cancelar el valor a la beneficencia. “El nuevo mecanismo fue aprobado por unanimidad”.

Considera el tribunal que no se puede afirmar, como lo ha hecho la convocante, que el esquema de ventas que se aplicó en mayo y junio de 1997 fue repentino y no tenía antecedentes, pues desde un año antes la junta

coordinadora, preocupada por la recesión, venía concretando fórmulas que aparecen más tarde, como ya se dijo, en los contratos para la venta de los últimos treinta y dos lotes.

En este movimiento hacia la facilitación de las ventas, encuentra el tribunal en la misma acta 104 que se elimina la cláusula penal de un contrato con Finansol.

Llegamos así al acta 105 de mayo 8 de 1996, que deberían tener un anexo que hace parte de ella (propuesta de mecanismo de concertación para aplicar en Ciudad Salitre a partir de mayo/96) que lamentablemente no fue aportado por las partes.

La presidente de la fiduciaria manifiesta que la junta coordinadora debe definir el porcentaje anual de incremento de la tierra, el porcentaje de participación sobre las ventas, el plazo máximo de iniciación y terminación de los proyectos y el tipo de garantía que se exigirá. Agrega, más adelante, que “la realidad actual del mercado inmobiliario muestra que en Ciudad Salitre los constructores no han podido subir precios y que la incidencia sigue siendo alta” lo cual “explica la no venta de lotes para actividad residencial”.

En la reunión del 6 de junio de 1996 (acta 106) la fiduciaria propone que la indexación de los lotes para vivienda se haga al IPC + 5 y para uso múltiple al IPC + 10 y que el porcentaje sobre las ventas sean del 17% para vivienda y 13% para uso múltiple.

La junta aprueba que para vivienda se aplique el mayor valor entre el IPC + 5 anual efectivo o el 17% de las ventas liquidado sobre cada unidad; para uso múltiple, el mayor valor del predio incrementado en el IPC + 10 o el 13% sobre cada unidad vendida.

Pese a todo lo que se ha analizado, la junta insiste en seguir incrementando el precio de la tierra, 2.75% mensual simple para uso múltiple, y congelar por un nuevo trimestre el de lotes destinados a vivienda.

No duda el tribunal en decir que el manejo de la junta no fue prudente pues si bien se aceptaba que existía una recesión y se tomaban medidas para facilitar las ventas, se insistía testarudamente en seguir elevando el precio de la tierra, ya sobrevaluada según se ha visto al analizar las pruebas. Esto hace que se estudie más adelante una rebaja de precios que se realiza para vivienda, y otra para uso múltiple, por volumen, aprobándose la segunda para realizar el negocio con la Organización Sarmiento Ángulo.

Los plazos para iniciar proyectos de vivienda se fijan en un año y medio, y en dos y medio para uso múltiple, a pesar de que en esos momentos la crisis continuaba su incontrolable avance, fenómeno que llevó a que meses después tocara rebajar los precios para acercarse a los de mercado, y a ampliar los plazos para hacerlos coherentes con la realidad nacional. Es interesante anotar que en esta reunión la junta aprueba plazos máximos para la terminación total de cada proyecto, pero no se dice cuáles fueron ellos: “lo propuesto por el fiduciario”.

En la reunión del 3 de julio de 1996 (acta 107), ya está actuando un nuevo presidente de la fiduciaria y en la sesión hay un hecho inexplicable: después de haber autorizado varias ventas por concertación y “teniendo en cuenta las consideraciones y deliberaciones ejecutados durante la reunión”, de las cuales no da noticia el acta, la junta suspende el esquema de concertación.

El nuevo presidente llega, naturalmente, con un nuevo enfoque y presenta unos cuadros que no se compadecían, a juicio del tribunal, con la coyuntura económica y que muestran enormes utilidades en la venta de lotes de uso múltiple cuando ya se ha visto que en 1995 existía una sobreoferta en Bogotá de 200.000 metros cuadrados de oficinas y que no había demanda para ellos en Ciudad Salitre, que participaba con un 9% en aquella cifra. Es un cambio radical de la política de tratar de vender lotes para vivienda, que parecían tener una demanda real, y volcar los esfuerzos hacia la actividad múltiple con “megaproyectos” que se presentan más adelante y que fracasaron todos.

Parte del nuevo esquema es la propuesta de descuento por volumen para actividad múltiple, el cual después de ser aprobado por la junta solo permitió realizar una sola venta, ya mencionada, a la Organización Sarmiento Ángulo.

Agregó el nuevo presidente, en lo que el tribunal considera desacertado, dada la coyuntura, que el pago debe

hacerse de contado y que si bien desde la iniciación de la fiducia (2º semestre 1987) hasta el 1er. semestre de 1996 el 80% de la tierra se ha vendido para vivienda, desde el 2º semestre de 1996 y hasta finalizar la fiducia debe venderse únicamente el 13% para vivienda y el 87% para actividad múltiple.

En el acta 109 del 8 de agosto de 1996 se relata que en la sesión respectiva, la gobernadora de Cundinamarca expresa su preocupación de que no alcance el tiempo que falta para la terminación del contrato para finalizar el proyecto Ciudad Salitre y que, por lo tanto quedaría vinculada a él la beneficencia, lo que no es fácil. El presidente de la fiduciaria propone para que ello no ocurra, que “la meta inmediata es conformar el consorcio y comprar la tierra antes del vencimiento del plazo, para que la beneficencia vendiera el lote y recibiera el pago de la tierra”.

El tribunal sigue tomando nota de que numerosas personas de las que aparecen mencionadas en las pruebas o que han rendido directamente testimonio, mantienen la preocupación de que las tierras pudiesen volver a manos de la beneficencia, actitud que sin duda también influyó en las ventas de mayo y junio de 1997.

El 3 de octubre se reúne la junta (acta 111) para tratar específicamente el tema del esquema operativo del proyecto y se reconoce que no están comportándose bien las ventas y que debe nombrarse una persona que, a diferencia de los expertos financieros, pueda mejorar la gestión de ventas frente a lo cual el presidente de la fiduciaria insiste en sus megaproyectos.

Surge del acta 112 del 11 de diciembre del mismo año que parecería que el presidente de la fiduciaria ha meditado sobre la situación pues presenta un presupuesto optimista en el cual se contemplan ventas en el primer semestre de 1997, y otro pesimista que no contempla venta alguna pues “si la recesión continúa en el sector de la construcción las perspectivas de venta no son claras”.

A pesar de todo se insiste en los megaproyectos como estrategias de ventas, buscando recaudar fondos a través de una emisión de bonos que permitiría financiar a los compradores para que paguen los lotes de contado.

Se exponen las cinco expectativas para el nuevo año:

- Vender la totalidad del inventario de lotes de vivienda.
- Consolidar un megaproyecto.
- Contactar firmas internacionales que apoyen el esquema de megaproyectos.
- Definir el desarrollo de una estrategia coherente para el futuro.

El tribunal anota que las cinco expectativas son únicamente cuatro, que se reducen a tres si se tiene en cuenta que no puede hablarse de la expectativa de definir una estrategia coherente, todo lo cual muestra que era difícil definir una línea clara de acción y que a la fiduciaria comenzaba a afanarle la cercanía de la fecha de finalización del contrato.

Concurren a la reunión los abogados Cediél y Peña y en el concepto escrito que presentan se refieren al esquema que en definitiva se concretó en mayo y junio de 1997, es decir, a la venta a constructores con la constitución por parte de ellos y en forma simultánea, de una fiducia que tendría la obligación de proteger el patrimonio de la beneficencia, se concluye que venía en proceso de análisis la fórmula que acabó imponiéndose.

No encuentra el tribunal nada de mayor importancia hasta la reunión del 9 de mayo de 1997 (acta 116), menos de un mes antes de la finalización del contrato de fiducia. En ella el fiduciario ya explica el esquema de ventas que ha estructurado con fundamento jurídico en el concepto de Cediél y Peña al cual ya se ha hecho mención.

Estima que si una de las formas de pago es el recibo del 18% sobre las ventas, la fiduciaria —y por ende la beneficencia— recibirá 34.000 millones y reitera lo que ya el tribunal resumió al comentar el acta anterior, agregándose que el plazo para construir los proyectos de vivienda va de tres a diez años y que el pago debe ser objeto del otorgamiento de garantías por parte del comprador, estipulación que no se incluyó en los contratos de venta ni de fiducia, al menos en la forma de garantías reales, lo que podría explicarse por el hecho de que los adquirentes transfirieron de inmediato su derecho de dominio a la fiduciaria.

En esta sesión la junta coordinadora aprobó la venta, bajo el esquema que en ella autorizó, de once lotes de vivienda.

Se estudió también la oferta de la Texas Petroleum para comprar de contado un lote, y se rechazó por proposición de la gobernadora al considerar que el precio era muy bajo.

En igual forma se niegan ventas a Colsanitas y Parqueaderos Tequendama y se aprueba, dentro del esquema ya vigente, la venta a Apotema de un lote para un centro comercial.

Y llega, en fin, la sesión del 29 de mayo de 1997 (acta 117 y su aclaratoria), fecha en la cual culmina la venta de los treinta y dos lotes que aún tenía disponibles el fiduciario, con la aprobación de la junta coordinadora.

Encuentra el tribunal, que no se recogió en las actas la referencia a todas las cláusulas y condiciones de los contratos de compraventa, pues allí no aparecen explicaciones del fiduciario respecto de algunos aspectos de las enajenaciones, ni que los miembros de la junta coordinadora hayan pedido más detalles ni formulado interrogantes.

En efecto, desde el año de 1996, cuando se comienza a planear la operación de venta de la totalidad de la tierra disponible, se habla de un esquema que se explica parcialmente a la junta, pero sin que haya constancia de que se discutieron todas sus modalidades.

¿Qué se analiza en la junta?:

1. Que para vivienda se venden lotes a diez años, que deben comenzar a desarrollarse a más tardar el año 7 y terminarse el desarrollo el año diez; que se constituirá un fideicomiso con el mismo fiduciario, que responderá a la beneficencia por el valor de los lotes, y que estos se pagarán con el 18% del producido de las unidades construidas que se vendan.

Se agrega que los compradores constituirán garantías. Las actas no mencionan otros aspectos como por ejemplo que el comprador puede optar por pagar el lote al precio básico indexado al IPC, hasta el momento de iniciar las ventas.

2. Que para uso múltiple los compradores pagarán el 18% del valor de las unidades vendidas; que tienen veinte años para pagar y para culminar las obras y que pueden, en lugar de pagar con el 18%, “anticipar” tal pago tomando como valor el precio básico indexado al IPC.

— Se agrega que constituirán garantía, y se advierte que celebrarán un contrato de fiducia.

— No aparece mención de que el plazo para iniciar las obras es variable pero que puede llegar a quince años, ni de que la facultad de comprar al precio básico indexado se mantiene hasta el inicio de las ventas.

— No se dice tampoco que pueden los compradores devolver el lote en cualquier momento, entre los años 3 y 10.

— No se hace mención al hecho de que si el comprador devuelve el lote, la fiduciaria reembolsaría la comisión de venta indexada al IPC.

La convicción del tribunal es la de que estas omisiones, si es que en efecto las hubo en las explicaciones verbales, no hubiesen cambiado en nada la decisión de vender para dar cumplimiento al convenio interinstitucional pues hasta el 5 de junio de 1997, y ni un día después, podía la junta coordinadora cumplir su obligación de garantizar que el proyecto concebido en 1987 se realizaría de acuerdo con el esquema previsto en dicho convenio, y por ello debía concluirlo en una de las formas previstas en el documento respectivo, como lo era la venta de lotes, manzanas o supermanzanas a constructores, con posibilidad de otorgar plazos hasta de 20 años.

1.6. Actas de la junta general de la beneficencia sobre prórroga del contrato

Ya ha dicho el tribunal que la junta aprobó por acta 9 de 1987 el convenio interinstitucional y delegó tácitamente en la junta coordinadora, al autorizar al síndico para firmar el contrato de fiducia, las facultades del fiduciante para intervenir activamente en la ejecución de este.

Veamos, pues, a qué se reduce su actuación a partir de ese momento.

1.7. Actas de la junta general en relación con la renegociación del contrato de fiducia en 1991

Ha reseñado el tribunal las actas de la junta coordinadora e indicado cómo, al estar incompletas, no muestran de que manera resolvió esta no concluir la negociación que buscaba mejorar las condiciones económicas de la beneficencia.

El tema, pues, desaparece del orden del día de la coordinadora, por lo menos hasta donde el tribunal puede establecerlo, y aparece en el de la junta general, acta 09 de 1991, de 13 de junio de 1991.

En la sesión respectiva explicó el síndico, con base en un memorando de junio 11 del mismo año, las desventajas de no prorrogar el contrato hasta el 31 de diciembre de 1995, fecha en la cual —conceptúa el síndico— se habrá ejecutado el proyecto en un 70%, “quedando un remanente de 30% que permitirá, en su oportunidad, a la honorable junta directiva definir nuevas políticas a partir de la fecha”; agrega que no existe una política definida que le impida a la junta definir nuevas políticas.

El funcionario, de buena fe, resultó ser optimista pero es cierto que en 1991 aún no se avizoraba la crisis; pero resultó también un mal entendedor del convenio interinstitucional pues sí había una política a nivel de la Presidencia de la República y de la gobernación de Cundinamarca que no preveía que el Salitre tuviese una etapa que se ejecutase bajo la dirección de la junta coordinadora y otra, bajo la de la junta directiva (o general) de la beneficencia.

Se deduce del texto del acta que la junta directiva de la beneficencia, que se había apartado voluntariamente del conocimiento del programa de Ciudad Salitre en 1987 al firmar el convenio interinstitucional y aprobar el contrato de fiducia (acta 9/87), no tenía verdadero conocimiento del negocio y que, aparentemente, ni el síndico ni el representante de la junta en la junta coordinadora, la habrían informado de sus características.

La doctora Olga Chavarro, que asistió a esa reunión, fue miembro de la comisión negociadora de la cual se hablará luego, y compareció a declarar dentro del proceso, se opuso a la prórroga y, por cierto, así lo manifestó al tribunal, rindiendo un testimonio algo incoherente y lleno de vacíos, por lo cual el tribunal no le ha otorgado el grado de credibilidad necesario para influir en su decisión.

Dice ella en la sesión de junio: “La junta no sabe cómo ha sido el comportamiento del contrato y lo que se conoce es que las utilidades han sido desastrosas” (sic), mientras que el síndico declara que el contrato ha tenido “una adecuada ejecución” y que la situación sería grave si se acoge la propuesta de la delegada del Ministerio de Salud (Dra. Chavarro).

La discusión, larga por cierto, se suspende y se continúa con ella al día siguiente, junio 14, de la cual se ocupa la misma acta.

Para ese día se cita al presidente del Banco Central Hipotecario y a otros funcionarios de esa entidad, que explican a la junta que por mandato de la ley deben ceder el contrato de fiducia a una nueva entidad, pues a los bancos se les ha prohibido conservar sus secciones fiduciarias; que las comisiones que se le pide reducir están pactadas a cinco años, de modo que se está hablando de una fecha anticipada para cambiar las condiciones del contrato. Explica que el proyecto “no se alcanzará a culminar el 31 de diciembre de 1995” y que bien podría extenderse ese plazo hasta el año 2000, pero que por lo menos debe estar vigente mientras existan obligaciones a favor del banco y a cargo de la fiducia.

Varios miembros de la junta discuten sobre la conveniencia de crear una comisión que estudie el asunto y el doctor Peralta Ortiz propone que en ella se delegue “el término de la prórroga para que luego sea acogida por la honorable junta”.

El Banco Central Hipotecario insiste en una prórroga hasta 1998 pero, en principio, se acuerda que se pacte hasta finalizar 1995. El síndico, después de que se retiran los funcionarios del Banco Central Hipotecario, propone que solo se pacte hasta 1994 y se nombre la comisión que debe llegar a un acuerdo con el fiduciario en el lapso de 30

días; de no ser así, el contrato vencerá el 5 de junio de 1992.

El doctor Carlos Enrique Cavelier propone que las condiciones sean acordadas por la comisión de la cual se ha hablado.

Antes de finalizar la reunión la junta aprueba prorrogar el contrato hasta el 31 de diciembre de 1994, dando un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de la respectiva escritura para que una comisión integrada por los doctores Olga Chavarro, Jaime Bogotá, Carlos Enrique Cavelier y Eduardo Zea “efectúe una revisión y realice los ajustes que regirán el contrato durante su prórroga”. El plazo constituye, en el caso en que durante él no se llegue a un acuerdo, condición resolutoria del contrato de prórroga, y es por ello que el tribunal ha llegado a la conclusión de que el texto de la escritura 3743 del 18 de junio de 1991 de la Notaría 1ª del Círculo de Bogotá, no fue ni acordado ni impuesto por el banco, sino por la beneficencia para ejercer por medio del plazo de 30 días la presión necesaria para obtener las ventajas buscadas.

El acta 10 de la junta general, de 27 de junio de 1991 aparece mutilada en el cuaderno de pruebas 9 y, en igual estado, en el cuaderno 11; en este último fragmento aparece que la junta general reemplazó al doctor Cavelier por el doctor Peralta quien, por tal motivo, concurre a las reuniones 3 y 4 de la comisión negociadora.

El tribunal, después de la audiencia de presentación de los alegatos de conclusión, pidió a la beneficencia el texto completo de ese documento, aun cuando la designación mencionada aparece en uno de los fragmentos (cdno. de pruebas, 11). El tribunal ordenó allegar tal documento de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, el que le permite decretar pruebas de oficio en cualquier momento antes de la promulgación del laudo, a más de que se trataba de un acta, que fue aportada, fraccionada, en dos diligencias separadas, a cada una de las cuales corresponde un fragmento. El acta comprueba que el doctor Peralta era miembro de la comisión.

En el acta 11, de fecha 13 de agosto de 1991, el síndico informa a la junta que la comisión negociadora llegó a un acuerdo con el Banco Central Hipotecario en virtud del cual se prorrogó el contrato de fiducia hasta el 5 de junio de 1997 y se obtuvieron ventajas para el fiduciante “como fue la rebaja en las comisiones de venta del 3 al 2.7% por el primer año y sucesivamente 0.1% de disminución anual hasta llegar al 2% en el último año del contrato al tiempo que se garantiza que los intereses sobre los préstamos serán inferiores a los que estaban pactados en aproximadamente seis puntos y se reitera que la comisión por sala de ventas será siempre para la Beneficencia de Cundinamarca”.

El tribunal debe señalar que la junta general, así como en 1987 delegó en la junta coordinadora el manejo del contrato de fiducia, delegó en 1991 en la comisión negociadora que designó conformada por cuatro de sus miembros la renegociación del contrato y, en ningún momento, hasta hace algunos meses, puso en duda la legalidad de tal acto, como se deduce del acta 11, y de la lectura de otras actas aportadas al proceso como son las 12, 13 y 17 de 1991, en las cuales no se vuelve a mencionar el tema.

Reaparece este en el acta 002 del 23 de enero de 1992 en la cual, esta vez con la presencia de la doctora Chavarro (quien no asistió a la reunión de ago. 1º/91), se dice que “merece atención la fiducia con el Banco Central Hipotecario para el desarrollo de Ciudad Salitre, cuyo contrato fue prorrogado hasta el año 1997” ... A renglón seguido se repiten las condiciones de la escritura 4512 del 15 de julio de 1991, de la Notaría 1ª del Círculo de Bogotá, que contiene las modificaciones a dicho contrato.

Ninguno de los presentes hace comentario alguno de lo cual, tal como ocurre en el caso del acta 011, respecto de la cual tampoco hubo constancias de protesta ni manifestaciones de desacuerdo con la gestión realizada por la comisión negociadora, ni dudas sobre la capacidad del síndico para suscribir el contrato, deduce el tribunal que la junta general quedó satisfecha.

1.8. Actas de la comisión negociadora

Aun cuando el tribunal considera que el tema de las prórrogas de 1991 está suficientemente claro, no quiere dejar de hacer un breve resumen de la actividad de la comisión negociadora, integrada como ya quedó dicho.

Se ha discutido si las llamadas “actas” de esta comisión tienen tal naturaleza aun cuando nunca fueron aprobadas,

o si son únicamente “ayudas memoria”. Todas aparecen tituladas “acta” y están numeradas de 1 a 4; nadie ha siquiera insinuado que su contenido sea falso ni las ha tachado por motivo alguno, de manera que el tribunal no solo las considera auténticas sino, además, prueba suficiente de que ocurrió lo que en ellas se narra.

A la primera reunión (acta 1) del 24 de junio de 1991, además del síndico y de funcionarios del Banco Central Hipotecario, concurrieron Bogotá Marín, Chavarro y Zea.

Se aclara por el director ejecutivo Guillermo Gómez Estrada que esta es una reunión de carácter informativo y consecuente con ello, el asesor jurídico de la fiduciaria, Fernando Laserna, hace una explicación del contrato de fiducia, en general, tal como está regulado por la ley y, luego, del contrato específico celebrado por la beneficencia y el Banco Central Hipotecario, temas ambos objeto de un extenso documento que, aparentemente, fue enviado a los miembros de la comisión.

Se reúne esta última (acta 2) el 26 de junio de 1991 con asistencia de la doctora Chavarro y el doctor Zea, lo mismo que de funcionarios del Banco Central Hipotecario y de la beneficencia.

En esta sesión se les explica a los miembros de la comisión, por parte del coordinador administrativo del proyecto, los aspectos económicos y técnicos de la ejecución del proyecto Ciudad Salitre con fundamento en los cuadros que se anexan al acta.

En esa fecha los comisionados se declaran suficientemente ilustrados y deciden comenzar a conversar con el Banco Central Hipotecario sobre las eventuales modificaciones al contrato.

En el acta 3 (jul. 8/91) se dice que concurrieron los doctores Chavarro, Peralta, Bogotá Marín y Zea, amén de los funcionarios del Banco Central Hipotecario y la beneficencia.

En esta ocasión “se determinó que, según la conveniencia de las condiciones relativas a la comisión fiduciaria por administración, la beneficencia podría considerar una prórroga hasta por término igual al inicialmente pactado, esto es, por cinco años contados a partir del 5 de junio de 1992” y se analizaron la rebaja de comisiones y los intereses de los créditos del Banco Central Hipotecario.

Sobre la justificación de la presencia del doctor Peralta ya se pronunció el tribunal al examinar el acta 10 de la junta general, y ahora solo quiere mencionar que la doctora Chavarro asistió a esta reunión en la cual, se repite, se determinó que se podría ampliar el plazo de vigencia del contrato hasta el 5 de junio de 1997, sin que conste opinión contraria alguna.

Llegamos pues al acta 4 (jul. 11/91) y última de la comisión negociadora; según ella asistieron los doctores Zea, Chavarro y Bogotá Marín, únicamente, pero el tribunal tiene una duda: la doctora Chavarro declaró ante él, que había asistido a esta reunión y que la recordaba bien porque ese día había ocurrido un eclipse, que parece según otros elementos y testimonios que hacen parte del expediente, que sí se presentó el 11 de julio.

En el texto se recalca que el objeto de la comisión negociadora es el de “autorizar, en caso de llegarse a un acuerdo sobre dichos términos (los que eran objeto de negociación) la firma del convenio de prórroga si hubiere lugar a ello”, autorización que se concede en la misma sesión, en presencia del gobernador de Cundinamarca.

En esta ocasión queda constancia de que la minuta que luego se convirtió en la escritura 4512 del 13 de agosto de 1991, fue aprobada, sin reserva, por todos los asistentes, específicamente por los miembros de la comisión negociadora que, además, autorizaron al síndico para suscribir la escritura, lo cual, como lo dirá el tribunal, no era necesario por las razones que se expondrán en su momento.

1.9. Actas de la junta general de la beneficencia en relación con las ventas de 1997

A partir de las modificaciones al contrato de fiducia en julio de 1991, no vuelve la junta general a ocuparse del proyecto de Ciudad Salitre, ni consta en las pocas actas disponibles que se hubiere analizado el tema.

Sí lo encuentra el tribunal en el acta 4 de 1997 (mar. 20) en la que la síndico informa que la organización Luis Carlos Sarmiento tiene interés en comprar algunos lotes, y la corporación la autoriza para adelantar conversaciones

al respecto, hecho anómalo puesto que la delegación en la junta coordinadora para tratar estos temas se había efectuado desde 1987.

Aparece en el expediente el acta 7 de 1997, de 16 de junio de 1997, posterior a las ventas de mayo y junio de 1997, en la cual ni siquiera se menciona el tema.

Concluye el tribunal ratificando su convicción de que la junta general, administradora de la fiduciante, incurrió en negligencia al no haberse ocupado del proyecto tal vez más importante de su historia; delegó primero en la junta coordinadora, posiblemente por imposición del gobierno central, luego en la comisión negociadora y a través de ellas mantuvo su presencia en el proyecto sin que haya pruebas de que quienes la representaron hubieran rendido informes periódicos o que a ellos se les hubiesen solicitado. Tal vez la presencia de los sucesivos gobernadores de Cundinamarca en la junta coordinadora, a donde no concurrían en nombre de la beneficencia sino en virtud del convenio interinstitucional, les bastó, pero no le ha ocurrido lo mismo al tribunal.

Adicionalmente, los numerosos cambios de gobernadores, síndicos, gerentes del Banco Central Hipotecario, y miembros, de la junta coordinadora, demuestran la falta de seriedad del Estado en el manejo de los asuntos que competen a la comunidad y que afectan las finanzas públicas.

1.10. El impuesto predial

El tribunal ha llegado al convencimiento de que la obligación de pagar o no pagar el impuesto predial no fue el factor determinante para la adopción del nuevo esquema de ventas, como se le trató de considerar durante el proceso y, como lo dirá el tribunal, la convocante no probó si existe o no aquella.

La conclusión del tribunal es la de que, consciente o inconscientemente, todos o parte de los protagonistas llegaron a donde inevitablemente tenían que hacerlo: a cumplir hasta el final los compromisos adquiridos desde 1987, y en ello la junta coordinadora fue consecuente: cumplió con su obligación de dirigir el proyecto hasta su total culminación, haciendo del Presidente Virgilio Barco una especie de Cid Campeador, cuyas ideas se desarrollaron hasta siete años después de haber concluido su mandato.

Lo que el presidente no podía calcular, es que en diez años la situación de la finca raíz se agravaría en la forma descrita por los peritos inmobiliarios, y que no habría protección posible para su gran diseño en la hipótesis de que los terrenos vendidos regresaren a manos de la beneficencia.

En el documento resumen que hizo la fiduciaria para explicar a la junta coordinadora las razones que justificaban la venta de la totalidad de los lotes restantes, que se encuentra a continuación del acta 116 y también de la 117 de la junta coordinadora (cdno. 15) aprecia el tribunal que los dos son diferentes, y las partes no tuvieron el cuidado de esclarecer el misterio.

Así las cosas, el tribunal utilizará el último documento, que va más allá del tema del predial:

— Se indica que el total de ventas es de 228.500 millones, de los cuales en 1997 ya habrían ingresado 42.500 y se esperaban 186.000 más en el futuro, lo cual puede o no ser así, lo que el tribunal no está en capacidad, por supuesto, de determinar.

— Se especifican las condiciones de ventas para lotes de vivienda y de uso múltiple, así:

a) Vivienda: 18% de las ventas; un millón de pesos por metro cuadrado promedio de ventas; 10 años para desarrollar cada proyecto; supervisión y fiducia de administración y pagos; garantías equivalentes para pago del lote; ajustes a normas del Salitre, y

b) Uso múltiple: 18% de las ventas; dos millones quinientos mil pesos por metro cuadrado promedio de ventas; veinte años para desarrollar cada proyecto; supervisión y fiducia de administración y pagos; garantías equivalentes para pago del lote; ajuste a normas del Salitre.

Ya hemos comentado que este esquema es incompleto, pero el tribunal quiere presentar todo el documento del cual hace parte la hoja denominada “ventas” que señaló las que tendría la beneficencia si se liquidaba totalmente el

proyecto y que el tribunal no puede calcular, no habiendo sido tampoco el punto objeto de análisis por las partes.

El fiduciario explica que habrá un ahorro de costos que para el primer año representa, dice aquel, 5.350 millones de pesos divididos en varios conceptos:

1.000 millones por gastos de cerramiento, 1.350 millones de escrituración, mil de mantenimiento y vigilancia y dos mil de impuestos prediales.

En el año de 1993 el asesor jurídico de la fiducia, Fernando Laserna, presenta el 10 de febrero de 1993 (acta 74) un estudio sobre contribución de valorización, solicitado por la junta coordinadora, el 28 de octubre de 1992 (acta 72).

En él y al hablar de la escritura pública 2714 del 18 de julio de 1956 de la Notaría 5ª de Bogotá, concluye que el distrito especial de Bogotá no puede cobrarle a la beneficencia ni valorización ni predial, ya que en aquel documento se le exime de pagos por tales causas.

Agrega que por escritura 3746 del 23 de julio de 1969, de la Notaría 7ª de Bogotá, se estableció que la beneficencia no podía ser gravada con impuestos “tales como contribuciones de valorización” ...

Señala el tribunal que ambas escrituras corresponden a momentos históricos en los cuales la Nación adquiere terrenos del Salitre: en 1956, para la construcción del CAN y del proyectado palacio presidencial, y en 1969 para construir el Parque del Salitre, el Club de Empleados Oficiales, el Coliseo Cubierto y el Templo Eucarístico, entre otras cosas.

Aun cuando las dos normas citadas se expidieron durante la vigencia de la Constitución de 1886, era claro que ni el gobierno ni el congreso podían decretar exenciones de impuestos, tasas o contribuciones municipales o departamentales.

El doctor Laserna, con fundamento en las normas constitucionales y legales, y en abundante doctrina del Consejo de Estado respalda esa tesis.

Sobre predial, solo se hace una breve mención y es por ello que el tribunal, de oficio, solicitó a la dirección de impuestos distritales una definición sobre el tema que las partes no redondearon y que adquirió, como ya lo dijimos, inusitada importancia.

El concepto obra en el cuaderno 22 (pruebas de oficio) e indica, con razón, que los lotes objeto de este proceso, por haber estado inscritos a nombre de la fiduciaria central, no han gozado de privilegio alguno, es decir, que entre 1987 y 1997 pagaron contribuciones.

Se exceptúan los dos lotes que la beneficencia retiró del fideicomiso por solicitud de la gobernación de Cundinamarca y, respecto de los cuales, el acta 17 de 14 de noviembre de 1996, de la junta general de la beneficencia (cdno. 12), deja saber que el gerente pide autorización para solicitar a la junta coordinadora que con cargo al convenio se paguen los impuestos prediales del año 1996 de los lotes SM14 y SM15, cuyo monto es de 169 millones de pesos, lo cual se aprobó.

La síndica Yomaira Vásquez de Castellanos declaró al tribunal que una de las razones por las cuales “no se quería recibir a la beneficencia” (sic) era “por el asunto de impuestos, que no se había tenido en cuenta” y la otra que “la beneficencia tenía que llegar a un costo que era mantenimiento, vigilancia, encerramiento” ... (cdno. 23). Agrega más adelante que no hubo nadie que se opusiera a las ventas de mayo y junio de 1997 “porque como le digo se comentó bajo el parámetro de que esos lotes al volver a la beneficencia tenían que pagar los gastos que generaba y los impuestos que nunca la beneficencia tenía en su presupuesto esos valores” ...

Al ser interrogada (cdno. 23) la testigo Yaneth Garzón sobre el tema, responde: “nos limitamos a estudiar la argumentación de la fiduciaria ... pues esto, indicando por consenso que definitivamente sí hay una responsabilidad por parte de la beneficencia en la cancelación de esos impuestos”. La doctora Adriana Rivera (cdno. 23) al responder al tribunal si alguien había puesto en tela de juicio la obligación que tenía la beneficencia de pagar impuesto predial, manifiesta su total convicción de que se causaba el impuesto y agregó:

“... incluso Napoleón Velásquez que fue síndico de la beneficencia nos pidió plata para pagar impuesto predial de un lote que la fiduciaria le había transferido allí de Ciudad Salitre, hay un acta de la junta o carta, en que nos pide plata para cancelar impuesto de las manzanas 3, 11 y 15, jamás, nunca hubo una objeción”.

Los indicios de que dispone el tribunal, y un breve análisis de normas aportadas por la convocante u obtenidos de oficio por el tribunal, llevan a pensar que no existe hoy en día exención alguna para los terrenos de Ciudad Salitre, de estar ellos en poder de la beneficencia. Por supuesto, no corresponde al tribunal probar ni lo uno, ni lo otro, y la parte interesada no lo hizo.

Hecho por el tribunal el estudio que se deja reseñado acerca de los debates y temas tratados en el seno de la junta coordinadora, la junta general de la beneficencia y la comisión negociadora para la modificación del contrato de fiducia, materias estas que habrán de servir de fundamento para la decisión de las controversias sometidas al conocimiento de los árbitros, se procede ahora al análisis y definición de cada una de ellas, así:

2. Caducidad de la acción de nulidad

El tribunal despacha a continuación la excepción de caducidad de las acciones de nulidad, propuesta por cada una de las dos partes convocadas en sus respuestas a la demanda.

El contrato de fiducia mercantil celebrado mediante escritura pública 2215 del 5 de junio de 1987 de la Notaría Veintiuna de Bogotá, fue uno de aquellos actos denominados por el Decreto 222 de 1983, vigente a la sazón, “contratos de derecho privado de la administración”. El artículo 16 de este decreto dispuso que tales contratos quedarían sometidos en sus efectos a las normas civiles, comerciales y laborales, según fuera su naturaleza, y el artículo 266 que, cuando fueran celebrados entre sí por entidades públicas, se sujetarían “únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares”.

Los requisitos, las formalidades y los efectos de estos actos, quedaron, pues, sometidos al derecho común. Se introdujo, sin embargo, una variación en cuanto a las nulidades que pudieran afectarlos. El artículo 78 del decreto agregó causales nuevas de nulidad absoluta, propias de la contratación administrativa (como inhabilidades o incompatibilidad, falta de competencia, y abuso o desviación de poder), y unificó el término de la prescripción de la nulidad relativa en cuatro años, es decir, el previsto para la materia civil. Nada dijo sobre el término de veinte años para la prescripción de la nulidad absoluta, la que, por tanto, permanecería igual.

Por virtud del artículo 138 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, a excepción, según el mismo precepto, de las leyes que señalan penas y de las leyes “concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato”, es decir, a la acción jurídica.

El aludido contrato fiduciario nació, entonces, y tuvo efectos como cualquier contrato civil entre particulares, con arreglo a la legislación vigente al tiempo de su celebración, pero también sujeto a las excepciones que acaban de mencionarse.

Una de estas excepciones se dio con la expedición del Código Contencioso Administrativo, que en su artículo 136 señaló prescripciones diferentes para alegar nulidades en los contratos estatales. Y luego otra con la modificación que introdujo el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, hoy vigente. De acuerdo con esta última norma, para la prescripción de las dos clases de nulidad rige un mismo término bienal, aunque para la nulidad absoluta está prevista, si la vigencia del contrato fuere superior a dos años, una extensión por el mismo término del contrato sin sobrepasar cinco años desde su perfeccionamiento.

Las leyes que forman excepciones al principio general del artículo 138 de la Ley 153 de 1887 tienen aplicación inmediata. Sin embargo en algunos casos —los términos procesales y la prescripción, entre otros— se reconoce el efecto y las situaciones creadas bajo el imperio de la antigua disposición. Es así como el artículo 40 de la misma Ley 153 previó que “los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”, y el artículo 41 dijo: “La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente ...”.

El Consejo de Estado en recientes pronunciamientos ha dado aplicación a estas normas y garantías, reconociendo la prerrogativa contenida en ellas a quien propone la acción de nulidad de actos o contratos celebrados bajo el imperio de una ley anterior consagradoria de prescripciones más amplias.

Así las cosas, como bien lo anota el apoderado de la parte convocante en su alegato final del término de caducidad para alegar una eventual nulidad absoluta del contrato de fiducia celebrado el 5 de junio de 1987 no ha vencido para él, pues es su voluntad expresa, como accionante, conforme a la prerrogativa de que dispone, que se rija por la norma vigente sobre prescripción al tiempo de su celebración, cual fue la general de veinte años. Así se reconocerá en la parte resolutive de este laudo, declarando no probada la excepción de caducidad de la acción, propuesta separadamente por las dos partes convocadas.

3. Inexistencia o nulidad de la prórroga del contrato

Ardua fue dentro del proceso la discusión acerca del alcance de los términos del acta 9 de 1991 de la junta general de la Beneficencia de Cundinamarca, con los que se consignó el acuerdo de prorrogar el contrato de fiducia mercantil celebrado entre esa entidad y el Banco Central Hipotecario mediante la escritura pública 2215 del 5 de junio de 1987 de la Notaría Veintiuna de Bogotá.

Para la parte convocante la junta general de la beneficencia nunca aprobó la prórroga del contrato más allá del 31 de diciembre de 1994, y ello, si acaso, bajo condición resolutoria, no obstante lo cual el síndico, sin facultad alguna, concurrió a prorrogarlo hasta el 5 de junio de 1997. Su apoderado califica esta prórroga como inexistente, con inexistencia por falta absoluta de voluntad, pero también, para el caso de que la prórroga llegare a considerarse existente por el tribunal, como nula, de nulidad absoluta, por falta de competencia del funcionario (D. 222/83, art. 78, letra d)). Funda la calificación de inexistencia en que por falta de autorización conforme a los estatutos, el síndico gerente no pudo expresar el consentimiento de la beneficencia; y la de nulidad absoluta en que el síndico actuó en exceso de sus atribuciones y careciendo de competencia.

Sintetizada así la pretensión, el tribunal inicia su análisis repitiendo que la prórroga del contrato fue antecedida de una larga discusión en el seno de la junta coordinadora y en el de la junta general de la beneficencia, con presencia, como invitados, de funcionarios del Banco Central Hipotecario. Se analizó allí la prolongación del contrato a la luz de las nuevas normas jurídicas que prohíban la fiducia mercantil como servicio bancario; se dio cuenta a la junta de las conversaciones del gobernador de Cundinamarca y el síndico de la beneficencia con funcionarios del banco central en orden a prorrogar el contrato hasta 1995, a cambio de lograr una mejor tasa de interés en las operaciones crediticias vigentes entre las dos entidades y de reducir las comisiones por la venta de los inmuebles; se analizó la posibilidad de que en el futuro los derechos fiduciarios de la beneficencia pudieran servirle de garantía de nuevos empréstitos; y se debatió ampliamente sobre cada una de tales cuestiones, en particular sobre la extensión de la prórroga. La junta oyó actitudes muy disímiles, y variadas fechas para la prórroga del contrato. Hubo quien manifestara oposición total a la prórroga del contrato, pero así mismo quien sugiriera su extensión por cinco o seis años más. Finalmente, el propio síndico propuso una fecha intermedia, diciembre de 1994, y un plazo de 30 días para revisar los términos del contrato, propuesta que fue acogida y quedó plasmada en los siguientes términos que el tribunal considera útil repetir ahora de modo textual: “Por unanimidad la honorable junta general acuerda prorrogar el contrato de fiducia mercantil para la ejecución del proyecto “Ciudadela El Salitre” hasta el 31 de diciembre de 1994, fijando un plazo de 30 días calendario, contados a partir de la fecha de la firma de la prórroga para que una comisión integrada por los doctores: Olga Lucía Chavarro, Jaime Bogotá Marín, Eduardo Zea y Carlos E. Cavelier, efectúe una revisión y realice los ajustes que regirán el contrato durante su prórroga. En caso de que durante ese término las partes no llegaren a un acuerdo sobre las condiciones aludidas, deberá entenderse resuelta la prórroga y en consecuencia, seguirá rigiendo el contrato inicial acordado cuyo vencimiento es el 5 de junio de 1992”.

Mediante la escritura pública 3743 del 18 de junio de 1991 de la Notaría Primera de Bogotá, el síndico de la beneficencia y el representante legal del banco prorrogaron el contrato de fiducia hasta el 31 de diciembre de 1994.

Dentro de los siguientes treinta días, el 11 de julio, fecha de su cuarta reunión, la comisión designada por la junta general para revisar y acordar las condiciones del contrato durante la prórroga, llegó a los acuerdos que se hicieron constar en el acta 4, referentes a una reducción gradual de la comisión por ventas, a la reducción de los intereses

por operaciones crediticias entre las dos entidades, a la posibilidad para la beneficencia de ceder o pignorar los rendimientos o utilidades del proyecto, y a la ampliación del término del contrato.

En esa misma sesión de la comisión se leyó y aprobó por los asistentes el proyecto de minuta de la que más tarde sería la escritura pública 4512 del 15 de julio de 1991 de la Notaría Primera de Bogotá, por la cual se amplió el término del contrato de fiducia hasta el 5 de junio de 1997.

Cumplido ese acto, como ya se anotó, la junta general de la beneficencia fue informada de la prórroga convenida en dos ocasiones: la primera el día 1º de agosto de 1991 en reunión a que se refiere el acta 11 de 1991, y la segunda el día 23 de enero de 1992 en reunión a que se refiere el acta 02 de 1992. De igual forma lo fue la junta coordinadora del proyecto Ciudad Salitre el día 21 de agosto de 1991 en reunión a que se refiere el acta 62, como también ya se dijo, en las actas referidas no aparece glosa o aclaración alguna, propuesta o solicitada por los respectivos asistentes.

El señor apoderado de la beneficencia alega primeramente la ausencia de voluntad de su cliente para haber acordado la prórroga del contrato de fiducia, de donde deduce la inexistencia del acto, y numerosas consecuencias sobre los contratos celebrados con posterioridad.

Sin tomar partido entre los cultores de la teoría de los actos inexistentes y sus opositores, el tribunal sí puede apreciar con claridad que la voluntad negocial respecto de la ampliación del término de la fiducia, no estuvo ausente. Basta repasar las actas de la junta general, las de la junta coordinadora del proyecto o las de la comisión negociadora como lo hizo el tribunal, para comprobar que la prórroga fue tema de discusión intensa, y objeto de decisiones concretas y determinadas, lo que de por sí aleja la idea de ausencia de voluntad.

Pero además, sometido el contrato en sus efectos, como estaba, a las normas del derecho común, y sujeto “únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares”, puede decirse que ninguna de las hipótesis que la doctrina civil y comercial reserva para ilustrar eventos de falta de consentimiento se dio en el caso presente. En efecto, no hubo un error obstativo, ni una divergencia esencial acerca de la naturaleza del acto que se realizaba, ni de la identidad de su objeto. Menos, por supuesto, lo que Lutzesco denomina “incapacidad de raciocinio”, más propia de las personas naturales ⁽¹⁾ .

Si hipotéticamente hubo fallas en la expresión o el alcance del consentimiento, o insuficiencia de la capacidad, lo que en el terreno de los contratos de la administración equivale a decir falta de competencia, ello habría estado en el ámbito de la nulidad absoluta, no en el de la inexistencia. Porque para deducir inexistencia en la contratación estatal tendría que advertirse más una falta de voluntad que deficiencias o irregularidades en su manifestación externa, que serían, se repite, eventos de nulidad. Así lo ha reconocido generalizadamente la doctrina, pero además lo dispuso con toda claridad el artículo 78 del Decreto 222, vigente al tiempo del contrato y aplicable, por tanto, al caso en estudio, cuando señaló como una de las causales de nulidad absoluta la falta de competencia o el abuso o la desviación de poder en la celebración del acto o contrato.

¿Hubo, entonces, nulidad absoluta? La respuesta solo puede encontrarse luego de determinar la competencia del síndico de la beneficencia y su adecuado ejercicio. El síndico es el representante legal del establecimiento público Beneficencia de Cundinamarca, y con la junta general, en la órbita de cada cual, lo dirige y lo administra (art. 8º de sus estatutos). Es, pues, el jefe de la entidad, y en ese carácter le son aplicables las normas que confieren atribuciones o imponen cargas a tal género de funcionarios en el terreno funcional, de acuerdo con los estatutos la junta general ostenta competencia más amplia y general que la del síndico, que la tiene, en complemento, más concreta y de ejecución. No hay propiamente jerarquía entre una y otro, a la manera de las sociedades comerciales, como que el síndico es de libre nombramiento y remoción del gobernador del departamento, pero sí una unidad coyuntural orientada al resultado de la gestión pública que corresponde a la beneficencia.

Algunos doctrinantes enseñan que “los contratos estatales se rigen por el principio de articulación, conforme al cual las distintas etapas y fases correspondientes a la formación de voluntad, la celebración la ejecución y la liquidación se confían a diversos órganos con atribuciones separadas que persiguen una finalidad común” ⁽²⁾ . “Las normas jurídicas que regulan la estructura orgánica y el manual de funciones de las entidades públicas, establecen las atribuciones que le incumbe a cada órgano o funcionario público en el proceso contractual” ... “De

esta manera el principio de articulación permite no solo determinar la validez de los distintos actos y fases que se cumplen en la gestión contractual, sino también, delimitar e individualizar las responsabilidades de los servidores estatales que intervienen en el procedimiento, como lo señala el artículo 6° de la Constitución Nacional⁽³⁾.

Dentro de este marco conceptual, que es el sustento de la competencia en concreto, el tribunal acoge la opinión del apoderado del Banco Central Hipotecario en el sentido de que el artículo 58 del Decreto 222 de 1983, al reglar los contratos adicionales y disponer que las adiciones relacionadas con el plazo solo requerirán la firma del jefe de la entidad contratante, otorgó a este competencia suficiente para celebrarlas. Ello en concordancia, además, para la órbita departamental, con lo dispuesto en la ordenanza 33 de 1989 de la asamblea de Cundinamarca y en los estatutos de la beneficencia vigentes entonces (Junta general, acuerdo 58/86, arts. 8°, 18 y 22).

Como jefe y representante legal de la entidad, habría podido tomar solo la decisión de suscribir con el banco un contrato adicional para ampliar el plazo dada la competencia que le otorgaba el precepto mencionado. Pero había llevado el tema a la junta general, había participado activamente en la discusión y en la decisión de la prórroga hasta diciembre de 1994, y había coincidido en que fuera una comisión la que adelantara con el banco el debate del mejoramiento de las condiciones contractuales para la beneficencia. Su competencia jurídica debía ejercerse, entonces, como se ejerció, sin desconocer esas actuaciones antecedentes.

En efecto; como atrás lo recordó el tribunal, el acta 9 de 1991 de la junta general de la beneficencia narra una prolongada discusión sobre la prórroga del contrato y sobre la mejoría que, a cambio de tal prórroga, pudiera lograrse en la posición contractual. Opiniones en uno y otro sentido fueron llevando ilustración a sus miembros, y por supuesto al síndico, para quienes, por lo demás, no hubo dudas acerca de que la comisión quedó con el encargo de revisar el contrato y de decidir, obviamente de acuerdo con el Banco Central Hipotecario, las variaciones que reflejaran aquella mejoría.

La decisión de la junta general implicaba varias actuaciones en el tiempo, que se realizaron cumplidamente. Como primer paso, era preciso prorrogar el contrato hasta diciembre de 1994. Así se hizo. Dentro de los treinta días siguientes, una vez suscrita la prórroga —que se había convenido bajo condición resolutoria seguramente para fortalecer la posición negociadora de la beneficencia— vendría un segundo paso: llegar, como se llegó, a acuerdos con el banco acerca de los diferentes ajustes que se le venían reclamando.

Finalmente, como tercer paso, se formalizarían los arreglos convenidos, como se hizo. Si ello no se hubiera logrado, la prórroga, ya suscrita y protocolizada se habría resuelto conforme al marco de la decisión comentada.

La comisión negociadora, protagonista esencial en el segundo de los pasos mencionados, tuvo cuatro sesiones. En la última, que quedó reflejada en la denominada acta 4, ya citada atrás, se llegó a los acuerdos esperados.

Esta acta 4 ha sido objeto de crítica por parte del señor apoderado de la Beneficencia de Cundinamarca en razón de su precariedad formal, pero además en cuanto a qué no todos los miembros designados concurrieron a adoptar las decisiones que el tribunal viene comentando. Para el tribunal, sin embargo, el punto tiene importancia menor, primeramente porque si bien la comisión actuaba por delegación de la junta general, el síndico tenía la competencia para obrar sin ella; y luego porque aunque la comisión estuvo formada por miembros de la junta general ni esta, ni la naturaleza del objeto que iba a cumplir, exigieron solemnidades o formalidades especiales. De hecho los miembros de la comisión dieron al acta el simple alcance de un informe para la junta general.

En cuanto a la definición del término de la prórroga, es bien significativo un corto párrafo que fija el alcance que la comisión misma le dio a la delegación recibida. El término de la prórroga “en sentir de los miembros de la comisión debe definirse por la fiduciante según su propia conveniencia, en consideración a las ventajas y beneficios que se logren en el proceso de negociación de los puntos en discusión ..., interpretando así la delegación hecha por la junta general de la Beneficencia de Cundinamarca” (resalta el tribunal). En otros términos, la comisión entendió que la delegación recibida implicaba su potestad para convenir plazos más prolongados si las ventajas que recibiera la beneficencia como fruto de las negociaciones así lo ameritaban.

Acordada y dispuesta por la comisión y el banco una extensión de la vigencia del contrato hasta junio de 1997, y las nuevas condiciones para algunos de los servicios, el síndico procedió a suscribir el contrato adicional que las

dejó instituidas.

De lo expuesto el tribunal concluye que el síndico de la beneficencia tenía competencia para suscribir la prórroga, e infiere que la ejerció en concordancia con las decisiones de la junta general, pues esta, habiendo sido informada del cambio de vigencia del contrato en dos oportunidades posteriores, no hizo reserva ni manifestó objeción alguna al respecto.

No prosperará la pretensión de nulidad de la prórroga del término de vigencia del contrato de fiducia que el tribunal viene de analizar, ni las consecuenciales planteadas por el demandante para el evento de haberse declarado la nulidad.

4. Nulidad de la cesión

En su artículo 6° la Ley 45 de 1990 prohibió a los establecimientos de crédito la prestación de servicios fiduciarios, y al efecto dispuso un término de dos años para el desmonte de las respectivas secciones. Autorizó expresamente la cesión de los contratos fiduciarios en ejecución a sociedades filiales de tales establecimientos, organizadas para esos fines, evento en el cual “la cesión podrá celebrarse, cualquiera sea el caso, mediante escrito privado y operará sin que resulte necesaria la aceptación del contratante cedido”.

Nada más claro, ni perentorio, a juicio del tribunal. La cesión de los contratos fiduciarios a sociedades filiales fue una de las maneras de dar cumplimiento a los establecimientos de crédito al mandato de la ley. Escogido este camino, les bastaba un escrito privado para perfeccionar la transmisión de la relación contractual, aún sin la aceptación del cedido.

No obstante la vía expedita señalada por el legislador, en la cesión del contrato fiduciario celebrado entre el Banco Central Hipotecario y la Beneficencia de Cundinamarca se utilizó por las partes, cedente y cesionaria, la forma de la escritura pública, forma que en ningún caso afecta la eficacia de la transmisión porque mal podría entenderse que hay vicio o irregularidad por la más alta calidad o la mayor solemnidad del escrito, o la mejor publicidad para lo terceros, salvo que las partes, en una hipótesis bien rara, hubieren vedado los mayores o mejores niveles de la actuación.

En los términos de la ley, para la cesión no se requirió aceptación ni voluntad del contratante cedido, la Beneficencia de Cundinamarca. Sin embargo obran en el proceso pruebas de que la junta general de esta entidad conoció, sin que le mereciera reserva o reparo alguno, la decisión del banco de organizar una filial para trasladar a ella los contratos fiduciarios vigentes a fin de dar cumplimiento al mandato legal. Pero además su síndico hizo manifestación expresa de aceptación en la escritura de prórroga del contrato, la número 4512 del 15 de julio de 1991, cuya validez será confirmada en este laudo. Se emplearon en ella los siguientes términos: “El fiduciario podrá ceder el contrato de fiducia para la ejecución y ventas del Proyecto Ciudad Salitre a una sociedad filial que organice para tal efecto, en la forma y condiciones previstas en los artículos 1° y 6° de la Ley 45 de 1990”.

De nuevo aquí se enfrentan las partes respecto de la competencia del síndico gerente de la beneficencia, y de nuevo aquí el tribunal reafirma su parecer en cuanto a que como representante legal y jefe del establecimiento público, el síndico tuvo entonces, y tiene hoy, de acuerdo con los estatutos y reglamentos, dentro de la competencia orgánica y funcional propia del cargo, atribución de autorizar la cesión de un contrato en que sea parte el establecimiento a su cuidado (Asamblea de Cundinamarca, ordenanza 33/89, art. 192).

Por otra parte, y para concluir, el tribunal estima que la cesión liberó al Banco Central Hipotecario de cualesquiera obligaciones adquiridas en desarrollo del contrato con posterioridad a la fecha de la cesión, y ello por dos razones: la primera, en cuanto a sus relaciones internas, porque así lo convinieron cedente y cesionario en la escritura de cesión; y la segunda, en cuanto al contratante cedido, porque este no expresó reserva alguna dentro de las facultades que la ley le daba (aunque restringidas por el C. Co., art. 893 en cuanto en este caso estaba autorizada la cesión sin necesidad de aceptación del cedido), ni pactó, ni propuso pacto alguno en tal sentido dentro de la posibilidad contemplada en el artículo 890 del estatuto mercantil.

Como consecuencia de lo que queda dicho, el tribunal declarará impróspera la pretensión de nulidad de la cesión del contrato de fiducia, así como las que se hubieran derivado de ella de haber sido acogida.

Igualmente se rechazará la pretensión subsidiaria para declarar que el Banco Central Hipotecario continuó siendo responsable frente a la Beneficencia de Cundinamarca en los mismos términos establecidos en el contrato de fiducia celebrado el 5 de junio de 1987.

5. La responsabilidad civil contractual de la fiduciaria

El debate planteado en este proceso versa sobre el alegado incumplimiento de prestaciones nacidas de un contrato de fiducia mercantil, incumplimiento que, según la convocante, le produjo perjuicios patrimoniales cuyo resarcimiento persigue en este arbitraje. Se trata, pues, de un caso de responsabilidad contractual, para cuyo éxito es menester que estén presentes los elementos estructurales de la mencionada responsabilidad. Según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia “para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca:

- a) El contrato como fuente de obligaciones que afirma haberse incumplido;
- b) La mora del demandado;
- c) El incumplimiento de tales obligaciones, y
- d) el daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento” ⁽⁴⁾ .

La doctrina por su parte señala que para que surja la responsabilidad contractual es necesario un incumplimiento imputable al deudor, la generación de un perjuicio al acreedor como resultado de ese incumplimiento y la mora del deudor si la obligación es positiva ⁽⁵⁾ . Por tanto, deberá acreditarse la existencia de la fuente de las obligaciones, las prestaciones que de dicha fuente se derivan; el incumplimiento de las mismas y el perjuicio producido por tal incumplimiento. El tribunal habrá de analizar si en este proceso están presentes los mencionados elementos, debiendo estudiar, igualmente, los aspectos particulares de la imputabilidad, teniendo en cuenta que se trata de un caso de responsabilidad profesional del fiduciario.

5.1. El contrato

Está plenamente acreditado en este proceso que las obligaciones que se dice fueron incumplidas por los convocados provienen del contrato de fiducia mercantil, perfeccionado mediante escritura pública 2215 de fecha 5 de junio de 1987, de la Notaría Veintiuna de Bogotá, entre la Beneficencia de Cundinamarca y el Banco Central Hipotecario. Dicho contrato fue luego aclarado y modificado por las escrituras públicas 8115 del 14 de diciembre de 1989, 4.512 del 15 de julio de 1991 y 8668 del 30 de octubre de 1992, estas últimas de la Notaría Primera del Círculo de Bogotá.

5.2. Las obligaciones que se alega fueron incumplidas

Dentro de las pretensiones de la demanda, la convocante busca que se declare que los convocados, o cualquiera de ellos considerados por separado, “incumplieron sus obligaciones contractuales, se extralimitaron en sus funciones y causaron daño antijurídico a la Beneficencia de Cundinamarca al enajenar sin contraprestación adecuada 32 lotes de su propiedad ...” (pretensión segunda del segundo grupo de pretensiones subsidiarias).

Como consecuencia de esta declaración, se solicita que se profiera condena contra los demandados para que procedan “al pago de la indemnización de la totalidad de los perjuicios económicos sufridos por la beneficencia con motivo del incumplimiento a que se refiere la pretensión anterior y por concepto de daño emergente y lucro cesante ...” (pretensión tercera del segundo grupo de pretensiones subsidiarias). También como resultado de la violación de sus obligaciones contractuales, la convocante afirma que los convocados, o cualquiera de ellos separadamente, deberán pagarle ..., la indemnización (correspondiente) por los perjuicios derivados de haber quedado privada de valiosos activos que salieron sin contraprestación económica real o suficiente de su patrimonio ...” (pretensión cuarta del segundo grupo de pretensiones subsidiarias).

Las mismas pretensiones se repiten en el tercer grupo de pretensiones subsidiarias, y bajo los mismos numerales.

En los hechos de la demanda, la beneficencia, para fundamentar las anteriores pretensiones, manifiesta que en

razón de la experiencia e idoneidad profesional de las entidades estatales demandadas, en particular en lo relativo al desarrollo, promoción y venta de proyectos inmobiliarios, se les confió, mediante un contrato de fiducia mercantil, la ejecución y posterior enajenación del proyecto denominado “Ciudadela El Salitre” en terrenos de propiedad de la convocante, cuyos beneficios económicos líquidos habrían de corresponder a la misma.

A juicio de la beneficencia, según la letra y el espíritu del aludido contrato de fiducia mercantil, el fiduciario tenía la obligación preeminente de desarrollar directamente el proyecto, y solo de manera excepcional podía venderle tierra a terceros para que estos llevaran a cabo los desarrollos correspondientes. Con todo, se afirma en la demanda, el fiduciario adoptó una posición pasiva y negligente y convirtió en regla general lo que estaba llamado a ser una eventual excepción, enajenando la mayor parte de los lotes para que otros ejecutaran el proyecto.

Agrega la demandante, que, —encontrándose vencido desde hacia dos años y medio el plazo de vigencia del contrato de fiducia, y siendo inminente la expiración del término de una supuesta prórroga que lo llevaba hasta mediados de 1997— la fiduciaria central emprendió una frenética carrera para la venta masiva e indiscriminada de la totalidad de la tierra que en ese momento aún conformaba el patrimonio autónomo, todo ello con el fin de montar un esquema contractual que le generara jugosas comisiones por la enajenación de los lotes, y le permitiera continuar devengando, indefinidamente, comisiones de administración sobre los mismos predios.

Para este efecto, la fiduciaria perfeccionó 32 operaciones de enajenación, en las que, en opinión de la demandante, se ignoraron por completo los dos grandes criterios que debían observarse en atención a los intereses de la beneficencia, esto es, la rentabilidad y la liquidez, para cuyo cumplimiento era menester estipular con los adquirentes precios comerciales y plazos máximos razonables para la culminación de los proyectos, de manera que aquella recibiera los recursos en el menor tiempo posible. Estos criterios que habían sido respetados en épocas precedentes, fueron radicalmente modificados en el nuevo esquema de ventas que se adoptó para permitir las operaciones en masa de transferencia de la propiedad de la tierra.

Las condiciones pactadas en las aludidas treinta y dos operaciones son blanco entonces de los reproches de la convocante por diversas consideraciones. Ante todo se resalta que a diferencia de las ventas efectuadas en años anteriores, en las cuales la beneficencia podía escoger, según su conveniencia, entre un precio básico y un porcentaje del valor de las unidades resultantes, en el nuevo esquema de ventas establecido la elección se traslada al adquirente quién podrá escoger cual de los dos valores pagará. Se dice al respecto que el precio básico pactado es particularmente bajo, toda vez que no corresponde al imperante en el mercado en aquella época; además, que se ajusta solamente con el IPC, lo que hace que la beneficencia pierda buena parte de la valorización de la tierra, la cual tradicionalmente ha sido muy superior a la inflación. Este sistema de pago habrá de causar un mayor detrimento si se tiene en cuenta que no se pagaba ninguna cuota inicial y que se concedieron largos plazos para la finalización de los proyectos, los cuales van desde cinco a veinte años, términos del todo inusuales, a juicio de la demandante, que no solo afectan gravemente la liquidez de la beneficencia, sino que lesionan su rentabilidad, pues si a la postre solo se paga el precio básico indexado, sin intereses, la convocante perderá los réditos que debería producir su patrimonio durante varios años.

En cuanto al precio definido a través de un porcentaje del valor de enajenación de las unidades resultantes, la beneficencia arguye que la fiduciaria obró culposamente, al permitir que el adquirente fije unilateralmente el precio de venta de los inmuebles que construya, sin dotar a la beneficencia de ningún mecanismo de intervención y control para participar en la determinación de las especificaciones de las obras y en la definición del precio de las unidades.

Agrega la demandante que “el precio así fijado es indeterminado e indeterminable puesto que depende únicamente de la voluntad de quien compró”.

La beneficencia también le reprueba a la fiduciaria el haber estipulado que los adquirentes pueden reintegrar los lotes, sin sanción alguna, después de muchos años, si estos deciden no construir el proyecto, lo cual ocurrirá si este no parece rentable. En cambio, si el negocio se presenta promisorio, se pagara, únicamente, el precio base indexado, privando así a la beneficencia de la valorización producida en un lapso apreciable.

Otras críticas se basan en la renuncia por parte de la fiduciaria a la condición resolutoria tácita derivada del no

pago del precio, no obstante los largos plazos otorgados a los compradores para el pago de su deuda. Igualmente el hecho de haber entregado la tenencia y posesión de los lotes sin contraprestación alguna y permitiendo, incluso, que los compradores, antes de iniciar la construcción, usen económicamente los terrenos, sin que la beneficencia reciba ninguna contraprestación por ello. Con esto, afirma la convocante, se le privó de la posibilidad de explotar económicamente los predios, se le impide constituir sobre ellos garantías reales para respaldar los endeudamientos de la entidad, o para entregarlos en dación en pago con el objeto de reducir sus obligaciones y por ende los costos financieros que tiene, y todo esto, se reitera, sin que reciba, siquiera, un pago inicial.

En los planteamientos de la demandante reviste una señalada importancia su afirmación en el sentido de que la forma como la fiduciaria estructuró los contratos de venta con los treinta y dos compradores, así como los treinta y dos contratos de fiducia mercantil celebrados con estos, constituye, prácticamente, un despojo del patrimonio de la beneficencia, pues esta ya no cuenta con ningún derecho real sobre los lotes y entiende que tampoco es titular de derecho personal o de crédito alguno que le permita reclamar el pago de su precio.

Se alega, igualmente, que la fiduciaria no empleó métodos transparentes, que dieran igualdad de oportunidades para la escogencia de los adquirentes, y que se desecharon ofertas de pago de contado, a precios que, a valor presente, resultan más elevados que los que a la postre se pactaron en las operaciones cuestionadas.

En opinión de la convocante, para todas estas aceleradas operaciones de enajenación realizadas con un lapso de 30 días, la fiduciaria dice apoyarse en supuestas autorizaciones de la junta coordinadora prevista en el contrato de fiducia, que no estaba habilitada por la junta general de la beneficencia para fijar, como lo hizo, condiciones para la venta de los lotes que riñen con lo previsto en el contrato. Aún así, asevera la demandante, la fiduciaria excedió en mucho las instrucciones que le impartió la junta coordinadora.

Todo lo anterior lleva a la beneficencia a concluir que la fiduciaria violó ostensiblemente las obligaciones profesionales que le correspondían, lo que compromete su responsabilidad contractual. En especial se arguye que las condiciones de precio y plazo que pactó en las treinta y dos enajenaciones que realizó, provocaron un enriquecimiento sin causa en favor de la fiduciaria y de los adquirentes y el concomitante demérito patrimonial para la beneficencia.

En síntesis, la convocante le endilga a la convocada que traicionó el texto y el sentido del encargo que le fue encomendado y que incurrió en errores, deslealtades, abusos e incluso en defraudación, conductas reprobables que desembocaron en la dilapidación de sus bienes.

La demandante, de manera específica, señala que con su proceder, la fiduciaria violó el numeral 7º de la cláusula séptima del contrato, en el que se establece, dentro de las obligaciones del fiduciario, la de “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, procurando obtener la máxima rentabilidad para la entidad fiduciante y el mayor beneficio social”.

Así mismo, la beneficencia, adicionalmente, fundamenta su acción indemnizatoria en el ordinal 5º del artículo 1236 y en el artículo 1243 del Código de Comercio. La primera de esas disposiciones aludidas le reconoce al fideicomitente el derecho de “obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, si cosa distinta no se hubiere previsto en el acto de su constitución”. Y la segunda establece que “el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”.

Complementariamente, de las conductas que se describen en los hechos de la demanda, puede inferirse que también se le imputa a la fiduciaria el haber infringido los numerales 1º y 6º del artículo 1234 del Código de Comercio, en el cual se señalan los deberes indelegables del fiduciario. El del numeral 1º consiste en realizar diligentemente todos los actos necesarios para el logro de la finalidad de la fiducia y el indicado en el numeral 6º lo obligaba a “procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario ...”.

5.3. El régimen de responsabilidad del fiduciario

La responsabilidad que la convocante pretende que se le deduzca a la fiduciaria es sin duda una responsabilidad profesional, pues la demandada reúne los elementos para ser tenida como tal, esto es, como una profesional, elementos que, según la jurisprudencia y la doctrina, son tres, a saber: en primer lugar, el profesional ha de

desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y a título oneroso; de otra parte, debe contar con una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un “dominio profesional” basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás. Se trata de una persona con una idoneidad particular, de un técnico iniciado frente a la masa de consumidores y usuarios profanos en su materia. El profesional, por tanto, ha de tener la capacidad de dominar los riesgos de las cosas que maneja y de evitar o precaver los daños que su actividad usualmente conlleva ⁽⁶⁾ .

Tratándose de una responsabilidad profesional deben precisarse los rasgos principales y características de la misma.

5.3.1. La responsabilidad del profesional es subjetiva. Un sector de la doctrina defiende la tesis de que la responsabilidad profesional debe considerarse como una tercera clase de responsabilidad, distinta de la contractual y extracontractual, en la que se superaría la dicotomía entre obligaciones de medio y de resultado. Dentro de las características de este nuevo régimen, estaría la del sometimiento del profesional a una normativa reglamentaria técnica, de manera que, “sin llegarse a la gravedad de la responsabilidad objetiva, el profesional sería responsable aun cuando no hubiera actuado con culpa ni dolo, sino dio acabado cumplimiento a las reglas del arte en su actuación en el caso dado, motivo por el cual con solo probar el damnificado el incumplimiento de dicha normativa reglamentaria, sería acreedor del derecho a resarcimiento” ⁽⁷⁾ .

A este respecto cabe señalar que la tesis de hacer derivar la responsabilidad profesional del mero incumplimiento de la norma técnica, significa establecer una responsabilidad objetiva, por cuanto el deudor podría ser obligado a resarcir los daños sufridos por el acreedor, aún si aquel no ha incurrido en culpa ni en dolo, es decir, a pesar de que dicho incumplimiento no le sea jurídicamente imputable.

Esa responsabilidad objetiva es ajena a nuestro derecho, que por regla general se basa en un reproche a la conducta del deudor, o en una valoración negativa de su comportamiento, lo que significa que se apoya en la noción de culpa. Por tanto, para dejar de lado este esquema básico, es menester que la ley establezca puntualmente los eventos de responsabilidad en los que se prescinde del elemento subjetivo ⁽⁸⁾ .

Es por esto que nuestra jurisprudencia ha reiterado que “la culpa, tanto en materia contractual como delictual continúa siendo la base para la responsabilidad civil” ⁽⁹⁾ .

El régimen general inspirado en la culpa, tiene, si se quiere, una mayor relevancia en materia de responsabilidad profesional, pues lo usual es que en estos casos se trate de contratos de prestación de servicios que generan, principalmente, obligaciones de medio, también denominadas de prudencia, en las que se exige del deudor un comportamiento precavido y acucioso para lograr un determinado fin que, sin embargo, no es garantizado por el obligado, pues su logro —en razón de su dificultad o de su carácter aleatorio— excede lo que razonablemente puede esperarse y exigirse del deudor.

La doctrina reitera, por tanto, que “generalmente, la naturaleza intrínseca de la prestación en la obligación profesional consiste en la utilización de un simple medio o bien en la observancia de la diligencia, prudencia y pericia que la ocasión reclame, con la finalidad de alcanzar aquel resultado que nunca podrá ni deberá ser garantizado por el deudor profesional ...” ⁽¹⁰⁾ .

En el presente caso es indudable, por lo demás, que la obligación puntual que se dice violada es una obligación de medios, la cual está prevista en el numeral 7º de la cláusula séptima del contrato, la que coincide en un todo con el deber indelegable a cargo del fiduciario señalado en el numeral 1º del artículo 1234 del Código de Comercio, a cuyo tenor el fiduciario debe “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”, lo cual significa que el profesional debía poner a disposición del fideicomitente toda su experiencia, conocimientos, medios técnicos, logísticos e institucionales para el logro de dicho propósito.

Para determinar el cumplimiento de esas obligaciones de “diligencia” y “prudencia” es menester analizar si el deudor utilizó todos los medios a su alcance —conocimientos, experiencia, recursos materiales, actuación

diligente— para lograr el resultado perseguido, de manera que lo que se debe, o el contenido de la prestación, es un cierto comportamiento del deudor, esto es, que obre con la previsibilidad y diligencia ordinarias para ejecutar el contrato.

De ahí, precisamente, que la doctrina del derecho comparado manifieste que la responsabilidad profesional es eminentemente subjetiva, pues es en este campo en el que la noción de culpa conserva un lugar de privilegio ⁽¹¹⁾ .

5.3.2. Patrón de conducta del deudor profesional. Siendo el objeto de la obligación asumida por el profesional un comportamiento determinado, es necesario que el juez utilice un modelo de conducta, o un punto de referencia, centra el cual confrontar la actuación del deudor.

No podría limitarse la tarea del juez a aplicar las reglas específicas previstas en el contrato, o la normatividad técnica, como tampoco puede circunscribirse a ellas el deudor, pues para el cabal cumplimiento de sus obligaciones está llamado a ir más allá, en observancia del principio de la buena fe objetiva, al que se le otorga una señalada importancia para la determinación de las prestaciones a cargo de los profesionales ⁽¹²⁾ , pues ha sido en virtud de este principio que la jurisprudencia ha colocado en cabeza de estos deudores ciertas obligaciones no pactadas específicamente en los contratos, reconociendo así la función integradora de los actos jurídicos que cumple la buena fe.

Por esto se señala que “es la obligación, integrada por la buena fe y los usos, la que nos dirá positivamente cuales son los cuidados, atenciones, cautelas, cuya observancia es exigible específicamente al deudor de una concreta prestación” ⁽¹³⁾ .

Esta aplicación puntual del principio de la buena fe, corresponde a la noción objetiva ⁽¹⁴⁾ de la misma, que interesa particularmente a los contratos, pues con ella se cumple una función integradora o complementadora de las manifestaciones de voluntad; por ello se dice que “la buena fe objetiva tiene valor normativo, no solo por figurar entre los preceptos legales del ordenamiento, sino por autorizar al tribunal para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando, precisando o restringiendo el tenor del acto jurídico según las circunstancias ...” ⁽¹⁵⁾ .

Esta función integradora del principio de la buena fe ha sido resaltada por la doctrina como una evolución del derecho en las últimas décadas, evolución en este caso basada en la idea de confianza, como elemento básico de las relaciones negociales, lo que ha permitido emplear dicho principio de la buena fe para, entre otras cosas, “determinar judicialmente obligaciones conexas con la principal, pero que no han sido pactadas expresamente” ⁽¹⁶⁾ .

Así las cosas, “cualquiera que sea el tipo de la obligación y la naturaleza de la prestación, el obligado no solo debe realizar lo especialmente previsto, sino todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. Si el obligado ... no lo hace así y se limita a realizar lo específicamente previsto, no habrá cumplido la obligación. Pese a haber realizado lo que el acto creador de la obligación preveía, existirá incumplimiento con todo lo que ello comporta” ⁽¹⁷⁾ .

En el mismo sentido se reitera que “el principio de la buena fe sirve para suplir, integrar y corregir el contenido del negocio, en función interpretativa; o lo que es lo mismo, desde otro punto de vista la buena fe interviene en la configuración de la norma del negocio jurídico, situándose en el mismo lugar que los usos del tráfico, o la norma dispositiva, constituyendo por ello, en sí misma una norma dispositiva; fundamentada, por otra parte, en un objetivo criterio de conducta ...” ⁽¹⁸⁾ .

Ahora bien, en cuanto al modelo o patrón de conducta que debe utilizarse, del cual depende el grado de diligencia exigible en cada caso al deudor profesional, ha de decirse que, en nuestro derecho, los puntos de referencia que señala el legislador no son nunca excesivos, ni particularmente rigurosos, ni requieren de actitudes extremas. Por eso no puede decirse que se exija una extraordinaria pericia, prudencia y diligencia; ni un especialísimo nivel de acuciosidad; ni una absoluta y ejemplar dedicación, pues deudores que sean dechado de virtudes y paradigma de la sociedad se encuentran con gran dificultad y son más escasos aún en el agitado mundo de los negocios mercantiles. Por eso nuestro régimen jurídico busca al hombre medio, al que actúa con un cuidado ordinario o usual, sin

imponer prototipos abstractos de difícil imitación. Es por esto que en nuestro ordenamiento —con excepción de los casos en que el acreedor no deriva ninguna ventaja del contrato, por ejemplo en el depósito civil— la regla general es que en los contratos bilaterales el deudor responde hasta la culpa leve, lo que significa que no se exige un cuidado o previsibilidad extraordinarios, o en grado sumo, sino una conducta corrientemente o normalmente prudente.

Desde luego que hoy en día no puede acudirse a un único e invariable patrón de conducta, como lo era el del buen padre de familia del Código Civil, pues hoy proliferan actividades económicas de toda índole y especialidades técnicas y científicas, que hacen necesario establecer modelos de conducta que se adapten mejor a las circunstancias y se acerquen más a la realidad de los distintos campos de la vida empresarial. Es por esto, por ejemplo, que en las reformas introducidas en el Código de Comercio, mediante la Ley 222 de 1995, se acoge el patrón del “buen hombre de negocios”.

En cuanto al nivel de prudencia exigido a los profesionales nuestra ley no se ha referido a ningún modelo ideal. Tampoco lo ha hecho hasta ahora nuestra jurisprudencia, si bien con frecuencia se habla de un patrón específico para cada actividad, como sería “el buen transportador”, “el buen banquero” o “el buen asegurador”, dejando en manos del juez la tarea de reconocer en cada actuación el contenido de cada una de esas expresiones, a partir de su propia experiencia y de sus percepciones personales, o con apoyo en decisiones judiciales o comentarios doctrinales que fijan criterios para decidir si un determinado comportamiento del deudor profesional es suficiente y adecuado para considerar cumplida la obligación a su cargo.

En todo caso, algunas pautas nos indican que la labor del profesional ha de ir más allá de lo que normalmente se le exigiría a un hombre ordinario o medio.

Es así como las normas del mandato —que suelen gobernar las labores de gestión y administración de los profesionales— nos señalan que la diligencia exigible al deudor —que es la propia del buen padre de familia, o *culpa levis in abstracto*— en ocasiones debe aumentarse, esto es, hacerse más rigurosa, en particular cuando el mandatario es remunerado, lo que constituye una característica de la prestación de servicios profesionales.

A este respecto el artículo 2155 del Código Civil establece que “el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado”.

Esta disposición pone en evidencia que el mayor rigor exigible en razón de la remuneración no puede ser extremo, pues se encuentra también dentro del ámbito de la culpa leve, que se subdividiría así en menos estricta y más estricta, sin llegar esta última hasta hacer responsable al deudor de la culpa levísima, pues para ello se requeriría una estipulación especial que así lo estableciera.

En consecuencia, el grado de previsibilidad y prudencia del modelo de comportamiento del profesional estará por encima del correspondiente al buen padre de familia. Pero el “buen profesional” no será tampoco el más acucioso, dedicado, y diligente de los técnicos y de los científicos, sino el hombre de empresa o el experto medio u ordinario, a quien se le aplicará una “especial regla de diligencia, definida por lo que se conoce con el nombre de “*Lex artis*”, que es el conjunto de los saberes o técnicas especiales de la profesión” ⁽¹⁹⁾ .

5.3.3. La carga de la prueba en caso de incumplimiento de obligaciones de medio. Suele afirmarse, como un axioma de la responsabilidad contractual, que probado el incumplimiento del deudor, o afirmado simplemente —si se trata de una negación indefinida— se presume con ello la culpa del deudor.

Con todo, en cuanto al régimen probatorio aplicable al presente caso, debe tenerse en cuenta que en situaciones como la que analizamos, en la que se alega el cumplimiento defectuoso de obligaciones de medio, es decir, cuando los servicios prestados no han sido adecuados e idóneos, “el demandante deberá probar el incumplimiento, pero en este caso, la prueba del incumplimiento es al mismo tiempo la prueba de la culpa. Lo usual es que el incumplimiento de la obligación y culpa del deudor, sean fenómenos distintos y bien diferenciables. Pero en este supuesto de cumplimiento defectuoso en la prestación de servicios profesionales, se identifican necesariamente esos dos elementos, de manera que demostrando el uno queda establecido el otro; incumplimiento y culpa es un mismo elemento o, en otras palabras, aquel y esta se confunden en el comportamiento del deudor, pues, dado el

contenido de estas prestaciones, la ejecución defectuosa lleva en sí misma el error de conducta.

Así las cosas, “si el acreedor demandante debe demostrar el incumplimiento —pues esta prueba es posible de aportar, es elemento esencial de la pretensión del actor y ninguna disposición lo releva de esta carga probatoria— con ello demostrará invariablemente la culpa, de manera que en este evento ya no puede funcionar, por superflua, la presunción de culpa en contra del deudor” ⁽²⁰⁾ .

Este razonamiento coincide con el que se encuentra en las explicaciones de los hermanos Mazeaud, como puede apreciarse en el siguiente aparte: “cuando la obligación es de prudencia o diligencia, para demostrar el incumplimiento, hace falta que la víctima establezca una imprudencia o negligencia” ⁽²¹⁾ .

Y lo propio reiteran otros comentaristas para quienes “la diligencia, cuando es contenido de la prestación, y no se lleva a término armónicamente con el servicio pactado, determina el incumplimiento y este la responsabilidad” ⁽²²⁾ .

Aunque algunos sectores de la doctrina, para mejorar la situación probatoria del acreedor damnificado, propugnan por el establecimiento de una presunción de culpa en contra del profesional, autorizados juristas se levantan contra esta tendencia por considerar que “resulta inconveniente desde el punto de vista técnico, e injustificada en relación al deudor”, por cuanto con ella se “altera la propia naturaleza de la obligación de medios”, la cual exige, para deducirle responsabilidad al deudor, que se demuestre por el demandante que la no consecución del resultado buscado se debe a “la falta de diligencia del deudor en la prestación de la conducta adeudada. Solo mediando está prueba existirá incumplimiento atribuible, generador de responsabilidad civil ... sin la prueba de la culpa, no existe incumplimiento relevante para el derecho, dentro de este ámbito obligacional” ⁽²³⁾ .

Hay quienes van más allá en la justificación de este régimen probatorio, señalando que puede deberse a “una especial tutela de los intereses del profesional, o puede explicarse porque quien así actúa y ejerce un *facere* responde a su actividad u oficio, del cual en base a su titulación o conocimientos obtiene sus recursos económicos de supervivencia por lo que en principio y por el propio prestigio o autoridad ínsitos en esa titulación o conocimientos dentro de unos modelos o niveles de licitud, se estima que no es igual una conducta en quien carece de tales atributos, a una conducta del que así está investido de tal profesionalidad, por lo cual, inicialmente, ha de gozar de credibilidad, en el sentido de que su *facere* responde al propio dictado de su *lex artis* , con independencia de que, en su caso, se acredite lo contrario. Por esto ha de modificarse el *onus probandi* para que sea el perjudicado el que acredite que el *facere* del profesional no es ajustado a sus reglas ordenadoras ...” ⁽²⁴⁾ .

5.3.4. Los medios de exoneración. Un aspecto adicional, pero no menos importante, del régimen de las obligaciones de medio, se refiere a las defensas que puede utilizar el deudor para evitar que se le declare responsable.

La mayoría de la doctrina ⁽²⁵⁾ coincide en señalar que los medios de exoneración a que puede acudir el obligado son la fuerza mayor y la prueba de la debida prudencia y diligencia. Algunos comentaristas propugnan por un régimen más estricto de responsabilidad para el profesional, por lo que plantean que su único medio de defensa debería ser la fuerza mayor.

Nótese, sin embargo, que no hay coherencia en exigir al demandante que pruebe el incumplimiento del deudor, y con ello su culpa —pues como hemos visto esta no se presume en las obligaciones de medio— y al mismo tiempo afirmar que el profesional se exonera demostrando la ausencia de culpa, pues si aquel acredita en juicio el error de conducta, este ya no podrá probar lo contrario. En estricto sentido la prueba de la ausencia de culpa es una defensa de que dispone el demandado cuando se presume en su contra la culpa.

En este supuesto, tampoco cabe la fuerza mayor como medio de exoneración, pues bien es sabido que existiendo culpa probada no es procedente esta defensa. Por esto la jurisprudencia ha precisado que “para que exista poder liberatorio por el caso fortuito o la fuerza mayor, se requiere la coexistencia de una condición negativa externa: la ausencia de culpa del deudor. En otros términos: cuando existe dolo, negligencia, o imprudencia del deudor, la falta neutraliza el obstáculo y el obligado o deudor permanece responsable” ⁽²⁶⁾ .

Lo anterior significa que si el acreedor prueba la culpa —que en este caso es un elemento esencial de su

pretensión— el demandado no contará ya con ninguna defensa.

5.3.5. Alcance y contenido de las obligaciones profesionales. Para definir cual era en este caso el exacto alcance y contenido de las obligaciones del fiduciario, deben tenerse en cuenta las estipulaciones pertinentes del contrato de fiducia mercantil respecto del establecimiento de las pautas generales para la venta de los predios que formaban parte del patrimonio autónomo y para la determinación de los términos específicos de cada operación de enajenación que se llevara a cabo. Esto por cuanto la imputación medular que se fórmula contra la fiduciaria es el haber vendido, en mayo de 1997, los treinta y dos lotes que aún quedaban en la fiducia en condiciones altamente lesivas para los intereses económicos de la beneficencia.

Sobre este particular el contrato de fiducia mercantil, contenido en la escritura pública 2.215 del 5 de junio de 1987, de la Notaría Veintiuna de Bogotá, dispone lo siguiente; que en este punto conviene transcribir íntegramente:

Cláusula séptima: “Obligaciones del fiduciario ... El fiduciario tendrá las siguientes obligaciones: (1) Cumplir las instrucciones y directrices que respecto al proyecto imparta su junta coordinadora, en los términos de esta escritura”.

Cláusula novena: “Facultades del fiduciario. Con arreglo a las directrices de la junta coordinadora y sin perjuicio del cabal cumplimiento de las obligaciones que la ley y el presente contrato le imponen, el fiduciario dispondrá de facultades directivas, dispositivas y administrativas durante la ejecución de la fiducia. En consecuencia, podrá: (1) Celebrar, con cargo a la fiducia, los contratos necesarios para el logro de la finalidad prevista en la cláusula primera del presente instrumento ... (3) Previa autorización de la junta coordinadora, negociar la transferencia de lotes, en términos de sectores, manzanas o supermanzanas, a firmas constructoras. Las respectivas transferencias podrán ser hechas a título de venta, o de encargos fiduciarios a sociedades fiduciarias especializadas en fiducia inmobiliaria, conviniendo en cada caso condiciones tales que la beneficencia participe en la plusvalía generada por el proyecto, en proporción a la amplitud de los términos de la financiación. Así mismo, podrá el fiduciario trabajar con base en otras modalidades que demuestren su validez en cada caso, tales como cuentas en participación, participación sobre ventas u otras modalidades contractuales que apruebe la junta coordinadora ...”.

Cláusula decimosegunda: “Junta coordinadora. La determinación de las políticas o directrices generales con base en las cuales el fiduciario adelantará el Proyecto “Ciudadela El Salitre” estará a cargo de la junta coordinadora constituida en el convenio interinstitucional ...”.

Cláusula decimotercera: “Funciones de la junta coordinadora. Además de las establecidas en el capítulo IV del convenio interinstitucional citado en la cláusula precedente, la junta coordinadora tendrá las siguientes funciones: ... (c) Definir las características esenciales del proyecto, tales como el planteamiento urbanístico y arquitectónico y demás aspectos generales del mismo, en un todo de acuerdo tanto con la política urbana y social del Gobierno Nacional como con las normas del departamento administrativo de planeación distrital ... (e) Fijar las pautas que servirán de base al fiduciario para el manejo del proyecto y, en especial, para contratación formas de concertación con el sector financiero de vivienda y con los constructores privados, condiciones de venta y de financiación ...”.

De otra parte, como ya el tribunal lo mencionó, en el aludido “convenio de participación interinstitucional para la ejecución del proyecto”, celebrado el 8 de abril de 1987, se previó que la junta coordinadora sería “factor permanente de equilibrio entre fiduciante y fiduciario”, de manera que debía acudir a ella “en demanda de las instrucciones que debe impartir la primera y recibir el segundo en los casos en que así lo determinen las circunstancias del desarrollo del proyecto”.

De acuerdo con lo anterior y con la larga explicación hecha en páginas anteriores, en lo tocante a las condiciones y términos de enajenación de los treinta y dos lotes, le correspondía a la junta coordinadora —tal como lo hizo a todo lo largo de la ejecución del contrato de fiducia— definir tales términos y condiciones, pues, dentro de las funciones que acaban de transcribirse, era atribución privativa de esta junta establecer las condiciones generales o los esquemas básicos para la venta de predios y luego autorizar los aspectos fundamentales de cada operación puntual. Por tanto, la fiduciaria, en punto a la enajenación de tierras, era un mero instrumento ejecutor de las políticas trazadas y de las decisiones adoptadas por la junta coordinadora.

Por ende, al no ser del resorte de la fiduciaria la toma de determinaciones en estas materias, su función básica consistía en colaborar, ilustrar y apoyar a la junta coordinadora para que contara con todos los elementos de juicio necesarios a fin de llegar a las conclusiones y decisiones más convenientes para la beneficencia y para el cumplimiento de los propósitos perseguidos a través del negocio fiduciario. Esta labor de colaboración, ilustración y apoyo debía ser desarrollada por la fiduciaria mediante la cabal observancia del deber de información que implícitamente asumió, por ser este un denominador común de las obligaciones de los profesionales.

Se aclara que todas las subrayas (resaltados) del numeral 5.3.5 son del tribunal.

5.3.5.1. La obligación de información de los profesionales. Es una de las obligaciones más importantes del profesional y quizá la más generalizada. Esta obligación es más acentuada cuando el cliente es un profano y se entiende incorporada a los contratos aún si la ley no lo ha establecido ⁽²⁷⁾ .

Ahora bien la información que se suministre ha de ser inteligible para su destinatario; así mismo, debe ser exacta, pertinente y adaptada a la situación de que se trate ⁽²⁸⁾ .

Dicha obligación es de medios, accesoria y de naturaleza contractual, la cual prolonga la obligación precontractual de información —general o *erga omnes*— que pesa sobre los profesionales en las negociaciones preliminares con sus clientes. Su incumplimiento hace responsable al profesional por los perjuicios que sufra su cliente. Con todo, es este quien tiene la carga de probar tal incumplimiento.

La doctrina considera que el profesional debe tomar la iniciativa de suministrar la información y para ello debe pedir a su cliente las precisiones del caso, e indagar acerca de sus necesidades.

Dentro de esta tarea la jurisprudencia ha precisado que el profesional tiene el deber de indicar a su cliente los aspectos negativos o contraproducentes de los bienes o servicios, o de las prestaciones que se le encomiendan, así como de las limitaciones técnicas de tales bienes o servicios o de los riesgos que conllevan, de manera que el cliente debe ser advertido de los peligros que corre y de la forma de evitarlos ⁽²⁹⁾ .

Incluso se reseñan jurisprudencias en las cuales se ha dicho que el profesional no debe dudar en disuadir a su cliente de obrar en la forma que pretende hacerlo, debiendo llegar al extremo de rechazar el encargo que se le propone cuando dicho encargo exceda la competencia o las capacidades del profesional, o cuando este considere que está condenado al fracaso, a menos que se trate de un caso de urgencia, en especial en los campos relacionados con la salud y la seguridad de las personas ⁽³⁰⁾ .

Para efectos de la prueba del cumplimiento de esta obligación los comentaristas indican que un profesional diligente y avisado dejará constancia escrita de las actuaciones realizadas con el fin de informar a su cliente, así como de las sugerencias y advertencias que le haya hecho, si bien la ley no exige prueba documentaria.

De otra parte, en ocasiones se habla indistintamente de la obligación de información y de la obligación de consejo , si bien la doctrina especializada crítica esta asimilación, pues no se trata de sinónimos, ni de términos jurídicamente equivalentes. En efecto, el consejo tiene un mayor contenido obligacional que la mera información. La doctrina reconoce que el deber de consejo puede ser una obligación principal, como ocurre en ciertos contratos de asesoría, o una obligación accesoria, pero siempre en virtud de una cláusula expresa ⁽³¹⁾ , que no se encuentra en el contrato de fiducia mercantil que analizamos.

Con todo, una corriente jurisprudencial parece admitir que la obligación de consejo se encuentra implícita en los contratos que conllevan la entrega de aparatos sofisticados, o en algunos contratos bancarios (o con intermediarios financieros) en especial respecto de órdenes de operaciones de inversión en los mercados a término ⁽³²⁾ .

Ahora bien, el consejo suministrado desinteresadamente, vale decir, sin que obedezca a una obligación estipulada, no compromete, en principio, la responsabilidad del profesional, a menos que haya actuado con intención maliciosa ⁽³³⁾ .

La obligación de consejo exige del profesional una apreciación fundamentada sobre los servicios que se le encomiendan, o sobre el negocio, operación o actividad que piensa llevar a cabo su cliente. Se trata con ello de que

el profesional ilustre a su co-contratante respecto de las distintas alternativas con que cuenta; que lo oriente en sus decisiones y escogencias y lo incite o trate de persuadirlo a adoptar la solución que parece la más conveniente, incluso si no es la más barata. Esta prestación suele denominarse asesoría, o incluso asistencia técnica. Esta obligación puede llegar hasta ayudar al cliente a realizar o a concretar la operación o el negocio en cuestión ⁽³⁴⁾ .

5.3.5.2. Criterios básicos para la evaluación de la conducta del profesional. La jurisprudencia arbitral —con base en ciertos antecedentes jurisprudenciales nacionales, así como en las pocas disposiciones que se refieren a esta materia, y sobre todo apoyada en la tendencia actual que muestra el derecho comparado, en especial europeo— ha definido ya los criterios que deben observarse por el juzgador para establecer el alcance y contenido de las obligaciones del profesional, particularmente los deberes de información y consejo, en hipótesis similares a las que nos ocupan, vale decir, cuando dicho profesional no está llamado a tomar las decisiones sino a brindar apoyo y respaldo a su cliente para que este las adopte con conocimiento de la situación y de los eventuales riesgos y vicisitudes que se pueden encontrar o que pueden desprenderse de las mencionadas decisiones. Tales criterios sirven de punto de referencia para evaluar la conducta del profesional y para deducir si cumplió a satisfacción las obligaciones de prudencia y previsibilidad que le corresponden.

A este respecto en el laudo proferido en el proceso arbitral del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, v . la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A. ⁽³⁵⁾ se señaló lo siguiente:

“Según lo expuesto anteriormente sobre las constantes de las obligaciones profesionales, ha de admitirse que el deber de información es un elemento de la naturaleza de los contratos de los profesionales, de manera que se entiende pertenecerle a ellos, así no se pacte expresamente —según lo previene el artículo 1501 del Código Civil— por cuanto se trata de una prestación fundamental y la más importante de las obligaciones de lealtad a cargo del profesional, lo que ha llevado a la jurisprudencia a entenderla tácitamente incorporada y, por ende, implícitamente asumida por los profesionales.

En cambio, la obligación del consejo o asesoría no se presume, de suerte que de no establecerla la ley, las partes deben estipularla, como lo hicieron en los tres contratos que nos ocupan, en los cuales se estableció que la fiduciaria debía “recomendar ... de acuerdo a su conocimiento específico sobre manejo de inversiones, aquellas que garanticen mayor rentabilidad con el menor riesgo”.

Ahora bien, para determinar el alcance y contenido de las obligaciones de información y consejo a cargo de Fiduagraria, recordemos las pautas establecidas en torno a estas prestaciones en el derecho comparado, según se explican precedentemente, de las cuales podemos extraer los criterios que a continuación se precisan, que a juicio del tribunal son aplicables en este caso.

En efecto, se dejó dicho que la información que suministre el profesional ha de ser inteligible para el cliente, así como exacta, pertinente y adaptada a la situación de que se trate.

Para cumplir esta prestación, el profesional debe tomar la iniciativa de suministrar la información, para lo cual debe solicitar del cliente las precisiones sobre su situación, e indagar acerca de lo que quiere y necesita.

El cabal cumplimiento de este deber exige al profesional que manifieste a su cliente los aspectos negativos o contraproducentes de los servicios o del encargo que se le encomiendan, así como subrayar los riesgos que conllevan las transacciones que se proyectan, de suerte que el cliente debe ser advertido de los peligros que afronta y de la forma de evitarlos, lo que significa que el profesional no debe dudar en disuadir a su cliente de obrar en la forma que pretende hacerlo, debiendo incluso, en casos extremos, rechazar la tarea que se le propone, cuando considere que está destinada al fracaso.

En cuanto a la obligación de consejo, también llamada de asesoría, la doctrina señala que tiene un mayor contenido obligacional que la mera información demanda del profesional suministrar opiniones fundamentadas sobre las materias objeto de su labor, con el fin de ilustrar al cliente respecto de las distintas alternativas con que cuenta y de orientarlo en sus decisiones y escogencias, todo lo cual ha de estar enderezado a incitarlo o a tratar de persuadirlo para que adopte la solución que parezca más conveniente para él.

Estos dos deberes se complementan con otro implícito, que es el deber de vigilancia —connatural a las obligaciones de prudencia y diligencia, es decir a las obligaciones de medio— pues este exige del profesional estar atento o vigilante, para anticipar, razonablemente, de acuerdo con su experiencia, la ocurrencia de situaciones desfavorables o el cambio de tendencia de los mercados y negocios. Este deber también demanda del profesional reaccionar de manera diligente frente a encargos que sean manifiestamente irregulares, anormales e inusuales en la práctica comercial.

De otra parte, de los principios planteados por la doctrina y la jurisprudencia puede deducirse que las obligaciones de información y consejo, aunque sin desaparecer por completo, tienen un contenido inversamente proporcional al conocimiento, experiencia e idoneidad del cliente, de manera que serán más intensas si este último es un profano o neófito completo en las actividades de que se trate. Pero esa intensidad irá disminuyendo en la medida que el cliente vaya teniendo determinada formación y ciertas vivencias en el mismo campo, hasta llegar al cliente que es también una persona versada plenamente en el mismo ramo, que tiene los conocimientos necesarios para tomar determinaciones con todos los elementos de juicio, a quien el profesional se limitará a formularle sucintamente ciertos comentarios o a darle algunas informaciones especiales que estime procedentes. Este sería el caso del vicepresidente financiero de una empresa multinacional, que recurre a un profesional para que invierta en determinados bonos o acciones, o para que haga ciertas colocaciones en instituciones financieras específicas. Ese cliente conoce perfectamente los mercados y las compañías que en ellos intervienen, de suerte que el profesional tiene poco para informarle o para aconsejarlo o para prevenirlo, pues se trata de un iniciado o experto como él.

Por estas razones la jurisprudencia y la doctrina estiman que el profesional cumple sus deberes de información y consejo cuando el cliente tiene los datos, opiniones y evaluaciones pertinentes, bien porque el profesional mismo se los haya suministrado, o porque el cliente disponga de ellos por otros medios, como puede ser su propia formación o experiencia.

A este respecto se dice que el cliente también debe obrar con diligencia para ilustrar al profesional respecto de sus condiciones especiales, las necesidades que quiere satisfacer y los propósitos que persigue. Con igual acuciosidad debe actuar para obtener él mismo, en la medida de sus capacidades, las informaciones que sean indispensables para tomar acertadamente decisiones.

Como se explicó, el cliente puede haber recibido la información con base en sus propios antecedentes, por ejemplo, si ha tenido en el pasado relaciones contractuales similares con el mismo profesional, o si se ha visto colocado en circunstancias semejantes.

Lo propio ocurre si el cliente cuenta o dice contar con personal calificado en la misma actividad; o si acude a contratar o a tratar con el profesional acompañado de expertos que le asesoran. La misma situación se predica del cliente que se presenta como un especialista, o si se comporta como tal, es decir, si aparenta tener los conocimientos suficientes.

En todos estos casos, la doctrina coincide en afirmar que es inoficioso informar y aconsejar al cliente que también es un profesional, o que dispone ya de los datos y opiniones, pues tales tareas devienen redundantes e inútiles en consideración de los conocimientos, la experiencia o de las demás ayudas con que cuenta el cliente.

En estos eventos, entonces, el profesional cumplirá las prestaciones de información y consejo con el suministro de los datos más recientes o novedosos, o con la formulación de opiniones sobre ciertos aspectos muy particulares, en el entendido que, por lo demás, el cliente cuenta ya con todos los elementos de juicio.

Con estas precauciones, el profesional podrá proceder a cumplir las órdenes e instrucciones de su cliente, sin que el resultado desafortunado de las mismas le pueda ser imputable, toda vez que el cliente decidió con pleno conocimiento de causa.

En forma complementaria, en el campo específico de la administración de inversiones o manejo de portafolio, la doctrina reconoce que es frecuente que los clientes, usualmente profanos en materia financiera, otorguen al experto profesional los más amplios poderes para que este tome las decisiones de inversión, hipótesis en la cual aquellos pierden la posibilidad de impartir instrucciones o de dar órdenes al especialista. Con todo si el propio cliente

interfiere y es él quien toma las determinaciones, el profesional será exonerado de responsabilidad por los malos resultados que se deriven de haber cumplido las órdenes impartidas, siempre que haya informado y prevenido al cliente sobre los riesgos de su decisión, pues una vez esta sea tomada de manera reflexiva, el profesional no debe inmiscuirse más en los negocios y determinaciones de su cliente.

Desde luego que si la orden del cliente versa sobre una operación totalmente inusual, notoriamente especulativa y por tanto particularmente arriesgada, y es dada por un cliente neófito e incompetente, el profesional debe desplegar mayores esfuerzos para informarlo debidamente y para tratar de convencerlo de desistir de esa transacción.

Junto a la interferencia del cliente se encuentra la aceptación deliberada de un riesgo por parte de este, hipótesis que ocurre cuando un cliente, a pesar de no ser competente en la materia de que se trate, luego de haber recibido las informaciones y advertencias pertinentes, decide asumir calculadamente los riesgos de una operación, evento en el cual el profesional queda también liberado de responsabilidad.

De lo anterior surge un criterio de especial importancia, en el sentido de que en últimas el cliente, como dueño del negocio que es, es el verdadero y único juez de su propia conveniencia, de manera que es a él a quien incumbe tomar la decisión correspondiente, la cual una vez adoptada debe ser acatada por el profesional de manera estricta, sin tratar de torcer o de frustrar la voluntad de su cliente, y sin que con ese acatamiento comprometa su responsabilidad. Lo importante es que esa voluntad se haya formado de manera reflexiva, calculada, esto es, deliberadamente, con apoyo en informaciones y opiniones pertinentes, con el análisis de las alternativas posibles, así como con los datos, la evaluación de riesgos y vicisitudes previsibles, y con la percepción de los pros y contras de las distintas soluciones. El profesional, según el alcance de sus prestaciones debe actuar con diligencia y acuciosidad para dotar a su cliente de los elementos de juicio de que carezca para que así disponga de todos los instrumentos de ponderación antes mencionados para la adopción de una determinación acertada y adecuada a sus necesidades y metas. Si con tales instrumentos el cliente opta por una determinada vía, el profesional debe respetar su decisión y ha de poner todos los medios razonables a su alcance para cumplirla en cabal observancia de sus instrucciones, por cuanto el profesional igualmente está llamado a observar el principio de no interferencia o de no injerencia abusiva o intempestiva en los negocios y en las determinaciones de su cliente, cuanto este es una persona avisada y advertida.

Pero también existe la otra cara de la moneda, en la cual, según la doctrina, el profesional debe rechazar el encargo que considere destinado a un fracaso inminente. No se trata de obligar al profesional a que solo realice los encargos que le gusten, o en los que tenga opiniones coincidentes con su cliente, pues en respeto de las decisiones de este que es el último juez de su propia conveniencia, bien puede también llevar a cabo las tareas que no le gusten, o que le parezcan inadecuadas, riesgosas o inoportunas, siempre, eso sí, que haya prevenido suficientemente al interesado.

Por tanto, la obligación de rechazar el encargo ha de entenderse como una situación extrema, en la que el profesional, a pesar de haber dado las informaciones y fundamentado sus opiniones para tratar de hacer desistir a su cliente de un negocio a todas luces inconveniente, o altamente especulativo y arriesgado, no logra convencerlo, porque en razón de su ignorancia, este no tiene la capacidad para entender las admoniciones y advertencias o porque se obstina en darle prevalencia a la suerte desmedida, a las premoniciones infundadas o a la superstición. Pero la regla general es que el cliente con una formación media, que recibe información y consejo en términos inteligibles para él, y de manera suficiente y razonada, releva de responsabilidad al profesional que cumple sus instrucciones y respeta la decisión tomada después de un análisis ponderado de la situación y con apoyo en los elementos de juicio necesarios y disponibles.

Cada vez que, de acuerdo con las previsiones y las advertencias del profesional la operación encomendada resulte en efecto lesiva, frustrada o de cualquier otra manera desafortunada, no puede decirse *ex post facto* que el único comportamiento diligente y razonable del profesional hubiere sido el de rechazar el encargo, a pesar de haber cumplido a cabalidad sus deberes de información, consejo y vigilancia. Eso sería hacerle asumir los riesgos de un negocio ajeno que no le corresponden, pues no hay ningún reproche que formularle, por cuanto es el propio dueño, avisado y advertido quien toma la determinación y asume los riesgos inherentes a ella.

La jurisprudencia arbitral ya se ha referido a los inconvenientes e injusticias que pueden derivarse de evaluar a

posteriori las decisiones de los hombres de empresa, en este caso los profesionales, sin que los jueces traten de colocarse en las circunstancias imperantes en el momento en que se toman. A este respecto se ha dicho:

“Por lo demás, el tribunal es de la opinión de que debe obrar con especial tino y cautela en la calificación de la forma como obró la actora al otorgar el crédito, pues es necesario preservar el margen de maniobra y discrecionalidad que tienen los administradores de negocios para decidir realizar ciertas transacciones, o para prescindir de otras, o tomar determinados riesgos económicos. No es por tanto conveniente tratar de deducir responsabilidad —*ex post facto*— por el mero hecho de que a la postre una decisión resulte equivocada o un negocio genere pérdidas. Estos resultados negativos solo podrán ser fuente de responsabilidad en la medida en que los administradores en cuestión no tengan la idoneidad o la experiencia para evaluar las circunstancias imperantes, o actúen sin recaudar la información usual, o sin hacer las indagaciones normales, o sin efectuar los estudios y análisis que habitualmente se llevan a cabo para la clase de negocios de que se trate.

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

“Los administradores deben tener la seguridad de que no serán responsables, a pesar de las malas decisiones y los malos negocios, en la medida en que hayan adoptado las precauciones y efectúen los análisis indicados, que se repite no han de ser minuciosos ni exhaustivos. La posición contraria generaría inmovilismo y el rechazo a tomar riesgos, que son connaturales a las actividades mercantiles y necesarios para el incremento de la rentabilidad, que es creación de riqueza”. (Aparte del laudo proferido en ago. 26/97 en el proceso arbitral entre Leasing Mundial S.A. v. Fiduciaria FES S.A.)

Aquí debe reiterarse que los profesionales, como cualquier empresario, están para hacer negocios, no para rechazarlos, menos en un entorno de aguda y en veces desleal competencia. Pero como es obvio, hay negocios más arriesgados e inciertos que otros, de suerte que para no comprometer su responsabilidad el profesional debe, como condición previa y necesaria, tomar las precauciones aconsejables y evaluar los riesgos de las transacciones, utilizando para esas tareas precautelativas los instrumentos usuales, normales, y razonablemente al alcance de los hombres de su especialidad. En el caso que nos ocupa esas precauciones consistirán en informar y aconsejar a su cliente acerca de las circunstancias relevantes de las operaciones que proyecta, sus riesgos, peligros y posibles vicisitudes. Cumplidas estas labores en forma cabal y oportuna el profesional, como regla general, habrá de entender que ha observado adecuadamente sus deberes y podrá proceder a llevar a cabo las instrucciones de su cliente, sin que con ello resulte luego responsable por las consecuencias negativas de la operación encomendada.

Para ilustrar estas reflexiones puede traerse un ejemplo que no es de inusual ocurrencia, cercano a nuestras vivencias profesionales. En ocasiones empresas solicitan a su abogado externo evaluar las fortalezas y debilidades de una determinada acción judicial, con el fin de que señale en un porcentaje las perspectivas de éxito o fracaso, con la cual la junta directiva habrá de tomar la terminación de llevar adelante o no el proceso de que se trate. Es posible, como a veces acontece, que el abogado manifieste que las perspectivas de un triunfo no exceden de un 20 o 25%. Aún así se ordena iniciar la acción judicial por sentar un precedente, o por preservar una imagen, o en fin, porque se cree que el abogado ha sido muy conservador en sus apreciaciones y análisis. No parecería que dentro de la lógica de lo razonable, al profesional que se muestra escéptico sobre los resultados de la acción se le exija en este caso renunciar al poder como única forma de observar adecuadamente sus deberes de lealtad.

Sería excesivo imponerle una regla de conducta que lo obligue a rechazar el encargo para que otro abogado más optimista se encargue de él. De nuevo hay que decir que lo esencial es que el profesional informe y aconseje de manera suficiente, oportuna y fundamentada a su cliente para que sea este quien evalúe los riesgos de las

eventuales decisiones y adopte finalmente la alternativa que juzgue conveniente, y asuma los riesgos que se desprenden de su determinación.

Así las cosas, se puede ser prudente, precavido y cuidadoso dentro de la acción, esto es, haciendo negocios y no rechazándolos, pues de aquellos viven las empresas y los profesionales. Se trata de la noción de prudencia entendida por Santo Tomás como una virtud consistente en ordenar en materia de acción, lo que ha sido previamente deliberado y decidido. En otras palabras la prudencia en este sentido es la capacidad de decidirse a actuar tomando riesgos calculados. El prudente es un hombre de acción”.

5.4. Las imputaciones puntuales hechas por la beneficencia a la fiduciaria

5.4.1. El precio. Particular atención del tribunal ha merecido el tema del precio en los contratos celebrados en mayo y junio de 1997. En primer término porque el precio como elemento esencial específico del contrato de compraventa, ha de reunir condiciones y características que le permiten constituirse en objeto real y serio de la obligación del comprador, y de otro lado porque es en la fijación del precio, y en su pago, como se debe concretar, en forma individual para cada caso y en forma global para el conjunto de todas las negociaciones, el objeto del contrato fiduciario materia de la controversia sometida al tribunal.

En los siguientes numerales el tribunal analiza el precio de las operaciones realizadas, en cuanto a su naturaleza, su determinación, la indexación, y el cálculo del valor presente. Posteriormente, al tratar del daño (num. 5.6.2) se ocupará de la imputación que se hace de ser tal precio injustificadamente bajo.

5.4.1.1. ¿Aporte? Se dijo por algunos declarantes en el proceso, y lo propusieron las sociedades demandadas, en especial la Fiduciaria Central S.A., que más que compraventa el contrato celebrado con cada uno de la adquirentes de lotes tuvo características de asociación, y que bajo esta modalidad el terreno pudo mejor considerarse, por lo menos en la mayoría de los casos objeto del proceso, como un aporte de la Beneficencia de Cundinamarca a un desarrollo o negocio concreto de construcción, dentro de cuya naturaleza se encontraría, como típica, la característica de contingencia que evidentemente tiene.

El tribunal no participa de esta apreciación. El espíritu que para cada negociación puede descubrirse en las partes que la realizaron, y en especial el espíritu de la junta coordinadora del proyecto no fue el de realizar una asociación con el constructor. Que podrían haberse celebrado convenios constitutivos de sociedad u otra forma de participación o asociación conforme a las previsiones del contrato de fiducia de 1987, sí; pero no lo fueron estos que se analizan. No aparecen en parte alguna los elementos que serían requeridos para una asociación comercial, o un contrato de participación, o de colaboración empresaria, o una de las muchas maneras de manifestarse un “*joint venture*”; mucho menos los elementos de una sociedad regular. En especial se echa de menos aquel de la *affectio societatis*, por el cual los asociados comparten con similares definición y actitud una explotación mercantil, bajo unas reglas de igualdad relativa, a partir de un aporte que pasa a ser patrimonio común de los asociados o partícipes en la forma y proporciones por ellos acordadas. No hay, por lo menos en lo que toca con la junta coordinadora del proyecto, ninguna definición o análisis que pudiera servir para deducir un eventual ánimo de asociarse la fiduciaria o la beneficencia con los compradores de cada terreno; por el contrario se encuentra en las actas de sus reuniones frecuente referencia a ventas, al pago de los precios, a la demanda u oferta de inmuebles como condicionante de sus propias políticas de comercialización, a los plazos para el pago y a otras cuestiones que claramente indican el propósito básico y sencillo de transferir los inmuebles a cambio de precios. Por supuesto nada, tampoco, puede deducirse de los términos empleados en las escrituras contentivas de las negociaciones de mayo y junio de 1997 como indicativo de un convenio de asociación.

Hay, desde luego, algunos aspectos que restringen la libertad de los contratantes y que orientan las negociaciones hacia un resultado, como la obligación de construir en el terreno transferido determinado volumen de metros cuadrados, o la de ejecutar las obras en determinados tiempos, o la de realizarlas a través de ciertos mecanismos de control o con determinadas garantías, aspectos que suponen una estrecha relación entre los participantes y autorizan, por ello, referencias de carácter ilustrativo a una asociación. Pero hay también aspectos que no dejan ninguna duda sobre la real naturaleza del convenio: la posibilidad incluida en los contratos, por ejemplo, de que el pago del precio se anticipe y el dueño del terreno se libere de las restricciones que le significaba su convenio de pago del precio con un porcentaje sobre las ventas, quedando entonces sometido, como cualquier constructor,

solamente a las normas impuestas por las autoridades distritales sobre uso y demarcación del sector. Y un argumento formal de importancia: los contratos celebrados se descomponen en una venta a favor del constructor y luego una transferencia de este, como dueño —no como asociado— a la fiduciaria para la constitución de un patrimonio autónomo del cual él mismo es beneficiario.

Para el tribunal, entonces, existe compraventa en cada negocio realizado, con cosa vendida y precio: un terreno claramente identificado a cambio de una suma de dinero indeterminada pero determinable. Esta precisión se hace sin perjuicio de reconocer que las ventas que se analizan estuvieron rodeadas de elementos adicionales de poca usanza a los cuales precisamente se enfocan estas consideraciones.

5.4.1.2. Determinación del precio. La determinación del precio de una compraventa puede hacerse, a voces del artículo 1864 del Código Civil, “por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen”. Esta amplitud del concepto no solamente da base suficiente a las reglas que se utilizaron en las negociaciones del mayo y junio de 1997, como habrá de precisarse adelante, sino que implican para el vendedor la contingencia propia del medio escogido para fijar el precio. Por ello puede decirse que los casos de compraventa a precios determinables se acercan a la noción de contrato aleatorio, y con mayor razón cuando se pactan plazos para el pago relativamente amplios, como ocurrió en las mencionadas negociaciones.

En efecto; en los contratos *sub lite* aparece de bulto la contingencia, como que el 18% puede aplicarse a precios superiores, o inferiores —como ya ocurrió en la venta a Cusezar— respecto del precio inicial acordado como básico en cifras absolutas. La beneficencia aspira, como es lógico, a que la contingencia sea de ganancia, más o menos grande, pero no está en sus manos evitar la contingencia de pérdida respecto del básico acordado en cada negocio. Sin embargo esta contingencia que haría aleatorio cada contrato, en nada afecta su naturaleza de compraventa.

Por otra parte, la compraventa con precio indeterminado pero determinable puede llevar implícita una condición suspensiva si fallan los hechos que de acuerdo con el convenio habrán de determinarlo, es decir, “los medios o indicaciones” de que habla el precitado artículo 1864, o se hacen imposibles, o desaparecen antes de la determinación, como cuando el precio se defiere o liga a una transacción ajena al contrato y esta no se cumple, o cuando el precio debe fijarse a partir de cierto hecho de un tercero o de un azar, y estos no ocurren. En tales casos la venta sería condicional.

No fue esto lo que ocurrió en los contratos de mayo y junio de 1997, en los cuales los hechos determinantes del precio no tuvieron la función de retardar o suspender el nacimiento de la obligación sino de precisar su monto. Pagar el 18% del valor de las ventas de las unidades terminadas fue la prestación nacida del contrato a cargo del comprador. Plenamente eficaz. Los “medios o indicaciones” para fijar su monto son varios hechos que confluyen al efecto, como la realización de las obras en tiempo, la demanda objetiva de los apartamentos o unidades en venta, las políticas de las entidades financieras sobre plazos, intereses o sistemas de amortización, el mayor o menor atractivo del sector y en general todas las circunstancias que obran en la fijación de los precios generales de oferta de los apartamentos o unidades ya terminadas.

Así, las obligaciones a cargo de las partes nacieron del contrato y debe cumplirse en la forma convenida. El cumplimiento está diferido, lo que es usual, pero existe como objeto de la obligación de cada parte.

Los hechos mencionados, y en general las circunstancias que obran en la fijación de los precios de las unidades terminadas, cualquiera sea la alternativa escogida por el comprador según su contrato —valorización del sector o precios generales (IPC)— dependen de factores ajenos a su personal arbitrio. Estos hechos ajenos a su voluntad son, precisamente, los que ofrece en cada momento el mercado inmobiliario. Por esto no puede decirse que haya habido una especie de condición o dependencia puramente potestativa, *si volueris*, que indicaría que el precio sería determinado por la sola voluntad del comprador.

5.4.1.3. La fórmula frente a las anteriores. Se ha visto cómo con motivo del receso de la actividad constructora y del sector inmobiliario en general, se estudiaron y adoptaron numerosas fórmulas y alternativas para reactivar la venta de lotes en Ciudad Salitre. La junta coordinadora contaba con las suficientes facultades para hacerlo, originadas en el convenio de participación interinstitucional del 8 de abril de 1987, y refrendadas luego en el

contrato de fiducia mercantil del 5 de junio del mismo año. En las circunstancias era explicable que la junta se empeñara, como se lo proponían los ejecutivos que manejaban el proyecto de Ciudad Salitre, en crear condiciones económicas que hicieran posibles las ventas. Es claro que en su propósito no estaba obligada a repetir las fórmulas o los sistemas de ventas que había autorizado en el pasado; también lo es que si deseaba concluir el programa debía buscar incentivos que animaran a los compradores en un ciclo depresivo, incentivos seguramente menos rentables pero más ajustados a la nueva realidad del mercado.

La comparación que el señor apoderado de la convocante hizo de los dos esquemas de “concertación” llevó al tribunal a analizar la posición contractual de la beneficencia y los cambios que en razón de la adopción de la nueva fórmula pudieron producirse en sus derechos, y si tales cambios significaban un desconocimiento de las previsiones y el espíritu del contrato de fiducia mercantil del 5 de junio de 1987. Este dijo que “la totalidad de los beneficios económicos líquidos que reporte la ejecución del proyecto corresponden a la Beneficencia de Cundinamarca” ... a fin de “cumplir la función social de la propiedad reactivando su valor económico” (cláusula primera); que es obligación de la fiduciaria procurar “la máxima rentabilidad para la entidad fiduciante y el mayor beneficio social posible, siempre en concordancia con las orientaciones que fije el Gobierno Nacional” (cláusula séptima, 7); que la fiduciaria en las negociaciones que realice debe convenir en cada caso “condiciones tales que la Beneficencia de Cundinamarca participe en la plusvalía generada por el proyecto, en proporción a la amplitud de los términos de financiación” (cláusula novena, 3).

Tal como quedó integrada, la fórmula nueva no afectó el derecho de la beneficencia a percibir la totalidad de los beneficios económicos líquidos, ni el de reactivar el valor económico de su propiedad (lo que para el tribunal quiere decir preservar el valor de mercado en cada momento), ni el de participar en la plusvalía generada por el proyecto en proporción a la amplitud de los términos de financiación (que para el tribunal significa la valorización o la indexación según los casos). El cambio podría haber afectado su derecho a recibir “la máxima rentabilidad” del contrato porque de haber tenido la beneficencia en su favor la ventaja de poder optar por la mayor de dos sumas, pasaba ahora a someterse a la escogencia que hiciera el comprador pues la opción ahora era de este, y tal “máxima rentabilidad” ciertamente no le sería cedida a ella. Sin embargo el tribunal encontró, por una parte, que no es exacto afirmar que una opción precisa a favor del vendedor hubiera sido cambiada por otra opción precisa pero a favor del comprador, dado que son fórmulas apenas similares; y por otra, que este entendimiento literal prescinde de las realidades económicas, auténtico vértice de las variables que juegan en la fijación de cualquier política de ventas y precios. Las condiciones y elementos de las dos fórmulas obedecieron a las peculiares circunstancias económicas de cada momento, y tuvieron dicho carácter. Así como la junta decidió autorizar la concertación, sistema que ya se había usado en la fase inicial del proyecto aunque con factores diferentes, así también habría podido utilizar otro distinto, como el pago con áreas construidas, o el precio mínimo, o la sola indexación. Cualquiera fuere el escogido, la fiduciaria mantenía su obligación de procurar para la beneficencia la “máxima rentabilidad” porque esta no puede entenderse solamente referida a una sola fórmula, sino en general a los esquemas y modalidades que vayan siendo adoptados para la mejor comerciabilidad del programa según las circunstancias del mercado en cada momento. Como quedó sentado, la junta no estaba obligada a irse por ningún esquema en especial. Si el propósito era estimular las ventas —propósito ya analizado en otro lugar— había que cambiar las condiciones económicas del contrato porque las que se traían no estaban mostrando logros de importancia. Claro; podría haberse regresado a las anteriores, como la de indexar el precio a la tasa del 33% anual —tres veces mayor que la tasa del ahorro financiero de hoy y casi cuatro veces mayor que el IPC— pero probablemente no habría habido ventas.

Se dirá que esta era la mejor salida para una época de incertidumbre económica. Es posible. Pero la decisión de las partes en el momento era otra, y los estudios y análisis, y las reuniones y consultas, y la política del gobierno, y la iniciativa de quienes manejaban el proyecto, apuntaban en sentido diferente a la espera en las ventas. Fueron decisiones de carácter político y comercial, con contenido económico, respecto de las cuales, como de la competencia e idoneidad de quienes las adoptaron, el tribunal se ocupa en otro lugar de estos considerandos.

Atendidas las circunstancias en forma objetiva no se ve una diferencia muy profunda entre el sistema adoptado y el similar de concertación que rigió en otra época las ventas del proyecto. Conforme al mecanismo final, la beneficencia no dispone de la ventaja de tomar, para efectos de calcular el porcentaje acordado, el mayor valor entre el precio del contrato con el comprador final y el precio inicial indexado, ventaja que si tuvo en el pasado.

Pero dispone de otros mecanismos de garantía que según el momento pueden llegar a tener mejores resultados: la obligación del constructor de edificar un número mínimo de metros cuadrados (lo que se denominó índice de construibilidad) y la fijación como precio de la venta, para el cálculo del porcentaje, del mayor valor entre el precio pactado en la escritura, el de la promesa, el de lista y el de separación.

Aparte de la indexación que obraría en los dos eventos atrás mencionados, de sobrantes de unidades construidas o de no iniciación del proyecto.

Es de recordar aquí, para concluir el tema, que en concepto de los peritos inmobiliarios “la fórmula compleja adoptada para vender en un mes los treinta dos predios materia de examen parece razonablemente eficaz y equitativa en orden a obtener la mencionada vinculación de intereses privados al desarrollo futuro y total de Ciudad Salitre, derivando hacia el comprador el costo de mantener, material e impositivamente, al día el conjunto vendido, garantizado todo ello con la fiducia que el comprador estuvo obligado a constituir sobre el predio, para que el propietario original de Ciudad Salitre, la Beneficencia de Cundinamarca, reciba, al final de todo el complejo proceso, el pago de un precio razonablemente justo por sus tierras” (pág. 48 del dictamen original, sin solicitud de aclaración).

El tribunal no tiene, pues, reproche en cuanto al sistema elegido. Supuesto el cumplimiento cabal de las obligaciones profesionales de la Fiduciaria Central S.A. tocantes con la suficiente información acerca de la variación del esquema, cumplimiento analizado en otro lugar, la modalidad adoptada respetó la letra y el espíritu del contrato de fiducia y del convenio interinstitucional que le dio origen.

5.4.1.4. La indexación. El precio mínimo. El tema de la indexación es también eminentemente económico. Tiempos hubo en el desarrollo del proyecto de auge impresionante en los precios de la finca raíz. El boom se apreció en alzas anuales de la propiedad inmueble de 40%, 50% y más, y hasta de duplicaciones en ciertos predios de exclusivas características. En el proyecto de Ciudad Salitre el auge tuvo reflejo en las políticas de ventas, y en especial en los índices utilizados para actualizar los valores de los inmuebles: UPAC (que crecía al 26% o 27%) más 4 puntos; 33% anual, IPC más 10 puntos, fueron algunas de las fórmulas que se pactaron. Sin duda estos índices de actualización guardaban relativa correspondencia con el incremento en el valor de la propiedad inmueble, y así debía ser para efectos de obtener resultados relativamente similares al momento de aplicar los porcentajes acordados. Con el cambio de las tendencias de la economía, y bajo el supuesto de querer vender, que fue el de la junta coordinadora, los índices no podían ser los mismos. De valorizaciones muy altas en la finca raíz se pasó a estancamiento, que ya es un demérito real, y en casos a desvalorizaciones en valores absolutos. La deflación de precios de la vivienda fue calculada por el Departamento Nacional de Planeación, como lo citara en su declaración el presidente de la lonja de propiedad raíz de Bogotá, en un 32% de su valor, en términos reales, en los últimos 3 años.

Así las cosas, sin adentrarse en mayores consideraciones técnicas, que por lo demás rebasarían su función, el tribunal estima que en los actuales momentos la indexación, así sea solo con el índice de precios, resultaría muy gravosa y probablemente un factor negativo en los negocios porque la propiedad raíz no se está valorizando. Comprueban su apreciación algunos de los deponentes en el proceso, que llegaron a afirmar que pagar el precio con algún ajuste monetario haría inviable económicamente el proyecto, y uno en particular que enfáticamente declaró que la propuesta de tener un precio mínimo de venta no hubiera sido aceptada porque es el mercado el que fija los precios.

Por su parte, y desde otro ángulo no menos importante, los peritos inmobiliarios consideran equivocado tomar como factor de corrección el IPC porque los factores de valorización inmobiliaria no se mueven en concordancia con él, y a la larga puede desembocarse en un resultado contrario a la equidad.

Es bien posible que en un futuro ojalá no lejano la finca raíz se recupere y reanude su valorización a tasas acompasadas con las del crecimiento de la economía. En ese momento los precios probablemente se estarán ajustando al ritmo del índice general, o quizás por encima, y ello se reflejará en las listas de precios para las unidades que se ofrezcan al público. En este caso no haría falta el índice para establecer un precio mínimo. Pero si no fuere de este modo, es decir, si la depresión de la finca raíz se mantiene —y es probable que así sea, por lo menos en Ciudad Salitre por la desmedida oferta que se viene y la poca demanda existente— el ajuste con el IPC

llevaría al constructor al fracaso y lo obligaría a devolver el terreno.

Es loable en grado sumo la idea de proteger los intereses de la beneficencia, y obligación nítida, por lo demás, derivada del contrato fiduciario. Pero ello sin perder de vista la necesidad de guardar y preservar, como en todos los contratos, un necesario equilibrio entre los contratantes, que posibilite el desarrollo armónico del negocio y asegure para cada uno las ventajas que lo llevaron a celebrarlo.

En términos sencillos, la balanza actual consulta esta necesidad. Se describiría así: la beneficencia tiene la acreencia por el valor real de los lotes en cada momento, que lo es el porcentaje pactado sobre las ventas con las valorizaciones que pueda tener el bien; si se dieran los eventos de quedar unidades sin vender o de no iniciarse el proyecto, recibiría el valor inicial indexado; si finalmente se viera el comprador en la necesidad de entregar en pago el lote, volvería este, sin costos en el interregno, a la beneficencia. Y, por su parte, el constructor asegura un terreno que él consideró atractivo para el proyecto, para lo cual debe asumir los costos de impuestos y mantenimiento, como en cualquier otro desarrollo, mientras se clarifica el mercado y se hacen los diseños; paga el valor del terreno con el 18% de las ventas, porcentaje razonable para su proyecto; si desea esperar puede pagar el lote al precio inicial, que aceptó como justo, indexado al IPC; y si finalmente decide no iniciar el proyecto, y este es de uso múltiple, devuelve el lote libre de costos.

5.4.1.5. El valor presente del precio indexado. El tribunal debe hacer breve mención del argumento que sustenta la hipótesis de que el valor presente de un precio indexado con el IPC a lo largo de quince o veinte años es inferior al básico inicial acordado en cifras absolutas.

Para el cálculo de valor presente se requiere establecer una tasa interna, cualquiera que sea, que refleje las circunstancias o expectativas durante el término del cálculo. Si, por las razones anotadas atrás, las partes acordaron como índice hacia el futuro el simple de precios al consumidor (IPC), sin sumarle ni restarle puntos, ese mismo tendría que tomarse como tasa interna de retorno. Así el resultado de cálculo sería el mismo precio inicial en cifras absolutas.

Desde luego, si para la indexación hacia el futuro se toma una cifra menor que la acordada como tasa interna de retorno, el valor presente disminuirá; si es al revés aumentará, hasta donde deseen los calculistas. De ello se deduce que, basado como está en hipótesis imposibles de demostrar, el cálculo de indexar con solo IPC y retomar con IPC más algo, produce un resultado igualmente hipotético, sobre el cual el tribunal no puede adoptar decisión alguna.

Y no parece que en el caso concreto deban agregarse puntos al IPC de retorno, a título de rendimiento esperado del capital, porque no puede decirse que los inmuebles objeto de las ventas hayan sido, o deban ser, en su estado de terrenos urbanizados, productores de renta; antes por el contrario, por sus extensiones, y por sus restricciones, no puede esperarse más que su valorización, si además las circunstancias son propicias para ello, lo cual ha sido puesto en duda en el proceso por peritos y deponentes. Caso diferente, que no ocurrió, habría sido el de vender a crédito, con intereses y amortización a lo largo del plazo, lo que ciertamente habría dado soporte a un cálculo de rendimiento de capital.

5.4.1.6. Los avalúos. Se ha propuesto como falla en las ventas el hecho de que sus precios fueron fijados con independencia de los avalúos de la lonja de propiedad raíz. Ya desde mediados de 1992 la junta coordinadora había decidido prescindir de la normatividad interna de obtener siempre avalúos de la lonja, con lo que esperaba recuperar la iniciativa en la fijación de los precios según fueran las necesidades y conveniencias del proyecto en concreto. Sin embargo se mantuvo como alternativa y con frecuencia de solicitó su concurso, como el concurso y el justiprecio de otros expertos. No encuentra el tribunal objeción jurídica a la decisión de fijar precios sin sujetarse a tal avalúo institucional.

Por otra parte todos los negocios con la indicación precisa de su precio inicial en valores absolutos, fueron considerados y aprobados por la junta coordinadora del proyecto.

Y finalmente, lo que para el tribunal es decisivo, el dictamen de los peritos inmobiliarios que, tras expresar alguna reserva respecto de los criterios de la lonja en la apreciación comercial de Ciudad Salitre, concluye que, mirado en

conjunto con las condiciones del mercado, las exigencias que presionaban las ventas y el propio “análisis del comportamiento de los valores urbanos acogidos por la lonja”, el precio base adoptado parece justo (pág. 14 del escrito de aclaraciones del dictamen).

5.4.2. La garantía de plazo de inicio de las obras. La convocante señala que dentro del esquema de concertación aplicado con anterioridad a 1997, se exigía del comprador una garantía expedida por compañía de seguros, ejecutable contra simple requerimiento, para el evento de que el constructor no iniciara en tiempo el desarrollo del proyecto. Agrega que esta garantía fue suprimida en el nuevo esquema sin que esto lo hubiera conocido ni autorizado la junta coordinadora, a pesar de que se trataba de un elemento sustancial de la estructura jurídica del contrato de compraventa.

Sobre estas manifestaciones cabe señalar que en la etapa anterior de concertaciones el derecho de dominio del inmueble se transfería al comprador y subsistía en su cabeza, de suerte que debía establecerse un mecanismo de seguridad que obligara al dueño del terreno a iniciar y desarrollar el proyecto en su predio en un determinado lapso. La necesidad de ese mecanismo de seguridad se atenúa notoriamente o incluso desaparece con el nuevo esquema, en el cual el adquirente se desprende de la titularidad de la tierra para constituir con ella un patrimonio autónomo, de manera que, en adelante, la fiduciaria tiene el control del predio, lo que impide que se le dé un uso distinto al previsto y cuenta con los mecanismos contractuales para exigir que las obras se acometan y culminen en el plazo estipulado, pues de otra manera el adquirente constructor puede sufrir graves y adversas consecuencias económicas.

A este respecto es del caso indicar que dentro de las facultades de la fiduciaria, plasmadas en la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil celebrado con los adquirentes de los predios, se encuentra la de “exigir del fideicomitente la realización de toda medida que se estime necesaria o conveniente para la satisfactoria ejecución del proyecto”. Así mismo, en la cláusula sexta de dicho contrato, se establece puntualmente que si el comprador resuelve no iniciar el proyecto inmobiliario específico deberá pagar el precio básico estipulado, indexado con el IPC. De otra parte, en el párrafo primero de la cláusula decimasegunda de la fiducia mercantil se dispone que la fiduciaria deberá transferirle a la beneficencia, a título de dación en pago de los créditos a favor de esta entidad, el lote de terreno en cuestión en varios eventos, entre ellos, si llegado el día pactado para dar comienzo a las obras “no se hubiere iniciado el proyecto inmobiliario específico”, consecuencia que, muy seguramente, habrá de persuadir al comprador a poner en marcha el desarrollo inmobiliario dentro del plazo acordado, pues de otra manera perdería todos los desembolsos efectuados en relación con el negocio, desembolsos que no son de poca monta, pues se trata, entre otros, de los costos notariales y de registro de la compra y la fiducia, del monto de la comisión pagada a la fiduciaria y del valor del impuesto predial correspondiente a varios años.

En cuanto a la observancia del término pactado para la culminación del proyecto inmobiliario, el párrafo segundo de la misma cláusula sexta del contrato de fiducia mercantil prevé que si pasados treinta días de la fecha de expiración del plazo para tener totalmente ejecutado el proyecto inmobiliario específico no se ha efectuado el pago del saldo pendiente del precio del lote, “la fiduciaria transferirá a título de dación en pago tantas unidades inmuebles privadas resultantes del proyecto inmobiliario específico como sean necesarias al ochenta por ciento (80%) del valor de cada una de ellas para completar e saldo, tomando dicho valor de la lista de precios vigente al momento de la liquidación”. Como puede apreciarse este es también un medio de apreciable coacción económica que habrá de llevar a los constructores a terminar en tiempo las obras y la labor de venta de las unidades resultantes.

Debe resaltarse que los anteriores mecanismos de persuasión parecen idóneos para que se respeten los plazos de iniciación de las obras y de terminación y comercialización del proyecto, mecanismos que, por lo demás, pueden concretarse de manera eficiente y expedita por el hecho de que la propiedad de inmuebles no está en cabeza de los compradores, sino de la fiducia representada por la fiduciaria, la que por tanto puede ejecutar sin tardanza ni obstáculo las medidas conducentes para el cabal cumplimiento a las estipulaciones contractuales. De ahí que para el tribunal, dentro del nuevo esquema de concertaciones, no fuera imprescindible, ni siquiera necesaria, la exigencia de la garantía que respaldara la oportuna ejecución del proyecto, de manera que su abolición no puede interpretarse como una desmejora en los derechos y prerrogativas de la beneficencia, ni como una equivocación o criterio errado de la fiduciaria.

5.4.3. La renuncia a la condición resolutoria. La convocante le crítica a la fiduciaria el haber renunciado en los contratos de compraventa a la condición resolutoria que de otra manera se generaría por el incumplimiento de las obligaciones del comprador, en especial la de pagar el precio convenido. A los ojos de la beneficencia este reproche es mayor dado el largo plazo concedido para el desarrollo del proyecto, sin que se exigiera cuota inicial, y sin que a la junta coordinadora se le hubiera planteado esta modificación, ni esta la hubiere aprobado. Arguye la actora que ante la renuncia de la condición resolutoria, la beneficencia fue privada de toda acción real para recuperar el inmueble en caso de incumplimiento.

Ante estos planteamientos han de reiterarse las explicaciones que acaban de hacerse en el sentido de que el mantenimiento de la condición resolutoria como medio de salvaguarda de los derechos del vendedor que no ha recibido la totalidad del precio, pierde importancia y significación en la medida en que en el nuevo esquema contractual el comprador no conserva la propiedad de la tierra y por tanto el derecho de disponer de ella, por cuanto la transfiere de inmediato a la fiduciaria, la que, como antes se señaló, cuenta con los instrumentos convencionales y legales suficientes para exigir del comprador el pleno y oportuno cumplimiento de las prestaciones a su cargo. Recuérdese, en efecto, que si el adquirente decide no desarrollar el proyecto, deberá pagar de inmediato el precio básico indexado; si las obras no comienzan en el tiempo acordado la fiduciaria entregará el lote en dación en pago a la beneficencia, con las consiguientes pérdidas económicas para el comprador, si el vencimiento del plazo para la culminación del proyecto queda un saldo insoluto del precio del lote, la fiduciaria entregará a la beneficencia, en dación en pago, el número necesario de unidades construidas a un precio rebajado en un 20% en relación con el precio de lista vigente.

Además, el comprador no puede distraer los recursos provenientes de las unidades resultantes, pues todos los ingresos por las ventas de tales unidades los percibe la fiduciaria, según lo previene la cláusula quinta del contrato de fiducia, la que deberá destinarlos a pagar a la beneficencia el precio del lote (par. 1º de la cláusula sexta). Todo esto demuestra que el contrato de fiducia cuenta con instrumentos suficientes para asegurarle a la beneficencia el recaudo del precio de la tierra o el regreso de esta a su patrimonio, de manera que no era imprescindible contar con una condición resolutoria para el evento de que el comprador incumpliera sus obligaciones.

De otra parte, el mantenimiento de la mencionada condición dificultaría la financiación de los proyectos, pues no sería posible garantizar el endeudamiento con los lotes. Por el contrario, de diversos apartes de los contratos de fiducia mercantil se deduce la voluntad de facilitar la consecución de préstamos para el proyecto mediante la constitución de hipotecas a favor del sector financiero, pero con la adopción de medidas de protección de los intereses de la beneficencia que a juicio del tribunal son adecuadas, y cuya efectividad se asegura por tener la fiduciaria la titularidad del derecho de dominio sobre los inmuebles. Luego no encuentra el tribunal que la fiduciaria hubiera incurrido en un error de conducta profesional por haber renunciado a la condición resolutoria dentro del marco del nuevo esquema contractual que se empleó en las enajenaciones de mayo y junio de 1997.

5.4.4. La facultad de destratar el negocio. Bajo este acápite del alegato de conclusión, la beneficiaria le endilga a la fiduciaria el haberle otorgado a los compradores la prerrogativa de dejar sin efecto el contrato de compraventa, muchos años después de su celebración, mediante la devolución del inmueble, en cuyo caso el comprador no tiene la obligación de pagar el precio, ni ninguna penalidad o indemnización, de lo que la actora deduce que este destrato no tiene consecuencia alguna para el adquirente.

Adicionalmente manifiesta la convocante que en virtud de esta estipulación la obligación de pagar el precio que tiene el comprador está sujeta a una condición puramente potestativa, pues depende de su exclusiva voluntad, de suerte que está viciada de nulidad absoluta, según los términos del artículo 1.535 del Código Civil.

Sobre este último aspecto debe puntualizarse, además de lo ya anotado sobre el tema, que el tribunal no puede pronunciarse sobre la eventual existencia de un vicio generador de nulidad absoluta por objeto ilícito, pues no fue planteada dentro de las pretensiones de la demanda, ni puede declararse de oficio por no estar reunidas las condiciones que se exigen para ello, ya que, según doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia, deben concurrir tres circunstancias, a saber:

“1. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, ... que muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta;

2. Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes, y
3. Que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron” ⁽³⁶⁾ .

Siendo claro que este último requisito no se cumple en el presente caso, ya que en este proceso no intervienen los compradores de los lotes, el tribunal no puede adentrarse en el análisis de la nulidad planteada.

Ahora bien, en cuanto al reproche por la facultad otorgada a los adquirentes para deshacer la compraventa, no sobra señalar que esa facultad solo se concedió a los lotes de uso múltiple, pero no a los de vivienda que constituyen la gran mayoría. En el proceso se explicó que este tratamiento preferencial acordado a los primeros se explica por los apreciables riesgos e incertidumbres que suele mostrar la demanda de inmuebles de uso múltiple, y que no se presentan en los proyectos de vivienda.

A este respecto se declaró en el proceso lo siguiente:

El doctor Federico Salazar, gerente de Cusezar, una de las firmas compradoras, en su testimonio, indicó:

“Como dije la actividad múltiple en general es muy arriesgada y que se veía como una actividad peligrosa en Ciudad Salitre y tenía un desarrollo muy lento, entonces se le dio la posibilidad a los adquirentes que en el plazo de 3 años si no estoy mal se pudiera retractar el negocio si veían que el desarrollo del lote iba a ser muy a largo plazo por la cuestión del pago de los impuestos prediales que pueden llegar a sumar mucho, es que uno con el 33% en tres años paga el 10% de lote a la ciudad y después probablemente no se lo va a poder cobrar a los ... en un mercado deprimido”.

Por su parte, el doctor Jorge Robledo, presidente de la Fiduciaria Central S.A., precisó:

“Precisamente por la dificultad que tiene el desarrollo de uso múltiple, por la envergadura y el tamaño de la tierra, los lotes y la inversión, pensamos que en una etapa, que analizados los beneficios que le representa la operación para la beneficencia, el hecho de que un inversionista, un constructor tenga un lote y pague esos gravámenes, impuestos y demás inherentes a sus obligaciones que son bastante onerosas y no encuentre un mercado en un plazo determinado, que el mercado no le permita acopiar los recursos de inversión o desarrollar un proyecto, porque es que un proyecto de uso múltiple con muchísimas complejidades adicionales comparativamente a un proyecto de desarrollo de vivienda, entonces en ese momento pensamos un poco en el esquema que planteamos anteriormente que era suficiente esfuerzo en el momento dado tener la carga de la contribución del manejo del precio e incurrir en él como en un hecho cierto y verdadero, devolver la comisión indexada al IPC y el predio libre de todos los gravámenes y demás después de un tiempo porque eso ya le generaba un beneficio enorme a la beneficencia durante ese período y a partir de ese momento volverá a disponer de la tierra para que evolucionara dentro de un proyecto”.

Como se desprende, además, de las manifestaciones transcritas, es inexacto afirmar que el destrato podía hacerse sin consecuencias económicas para el comprador, pues es evidente que en tal caso este habrá de soportar onerosas consecuencias que consisten, principalmente, en el pago del impuesto predial que se cause desde la celebración de la compraventa hasta la fecha del desistimiento, así como el pago de la comisión de venta indexada, recibida por la fiduciaria en razón de la enajenación, pago con el cual esta deberá rembolsar a la beneficencia el monto de la señalada comisión. A esto deberá sumarse el valor de los gastos notariales y de registro tanto de la venta como de la fiducia, así como los que se generen de su extinción en virtud del desistimiento. Estos montos a cargo del comprador que deje sin efecto el negocio celebrado, están previstos en el parágrafo de la cláusula séptima del contrato de fiducia el cual coloca también expresamente a cargo del adquirente los costos de mantenimiento y custodia de los predios hasta que el destrato tenga lugar. Para hacer efectivas todas estas obligaciones pecuniarias del comprador, la cláusula decimaprimerá del contrato de fiducia prevé que el obligado debía suscribir un pagaré en blanco con carta de instrucciones para ser llenado por la fiduciaria en caso de incumplimiento en el pago de tales prestaciones y con el fin de iniciar de inmediato las acciones ejecutivas correspondientes.

Así las cosas, no solo el destrato afecta económicamente al comprador, sino que puede representar ventajas

significativas para la beneficencia o al menos no le causa demérito patrimonial, pues no parece insignificante que la beneficencia recupere el inmueble, y que al mismo tiempo el comprador se haya hecho cargo, durante un prolongado período de crisis, de pagar sobre todo el impuesto predial, cuyo monto para el total del período puede ser muy significativo, pago que en últimas redundará en beneficio de la convocante.

5.4.5. La utilidad de la fiduciaria. Se argumentó por el señor apoderado de la Beneficencia de Cundinamarca que la Fiduciaria Central S.A. estuvo movida para la realización de las 32 operaciones que ocupan al tribunal, por la necesidad de causar a su favor las comisiones pactadas entre las dos entidades para la venta de inmuebles en Ciudad Salitre a fin de arreglar la situación de pérdida que mostraba su balance.

Para el tribunal tal afirmación no puede entenderse en el sentido de que la fiduciaria haya actuado movida por un interés ilícito. Porque con las actuaciones realizadas se daba cumplimiento al contrato vigente entre las dos partes; porque la comisión aplicable se había convenido por ellas; porque desde el punto de vista gerencial la fiduciaria debía procurar concluir el contrato con éxito, y porque ciertamente los ingresos que se derivaban de las operaciones eran muy importantes para ella.

Pero además no puede en forma alguna pretenderse que las operaciones fueron realizadas por la fiduciaria sin consulta ni concurso alguno de su cliente fiduciante, solo movida por aquella necesidad financiera. Por el contrario; si bien pudo haber fallas de información, como se analiza en otro lugar de este laudo, todas las operaciones fueron estudiadas y aprobadas por la junta coordinadora del proyecto en ejercicio de las precisas facultades y de la autoridad que se le habían conferido tanto en el convenio interinstitucional, como en el contrato de fiducia objeto del proceso. Así hubiere tenido la fiduciaria un ánimo torcido, que, se repite, no puede deducirse de su o comportamiento contractual, la participación permanente y activa de la junta coordinadora a lo largo de los diez años de ejecución del contrato —en especial en los últimos meses— y, en términos más generales, la motivación superior y los propósitos del programa de desarrollo urbano institucional, hacia cuya realización desde un principio debían encaminarse las ventas, son suficiente razón para desestimar el eventual cargo, como en efecto el tribunal lo desestima.

5.4.6. Otras imputaciones. Otras imputaciones formuladas por la convocante contra el comportamiento de la fiduciaria, entre ellos la de la venta en bloque del inventario de tierras que quedaba en el patrimonio autónomo en mayo de 1997, y los largos plazos otorgados a los adquirentes para la iniciación y culminación de los proyectos, se analizarán al hacer la evaluación general de la conducta de la fiduciaria en el numeral siguiente.

5.5. La evaluación general de la conducta de la fiduciaria

El tribunal, después de haber analizado y sopesado los argumentos en que se basan las reprobaciones formuladas por la beneficencia contra el proceder de la fiduciaria, así como las explicaciones y defensas de esta última, ha llegado a la conclusión de que la convocante no ha tenido éxito en su labor probatoria encaminada a demostrar culpa o error de conducta profesional de la convocada, tarea que le correspondía pues, en casos como el presente, como fue explicado previamente, el demandante tiene la carga de la prueba de la culpa del profesional o de su imputabilidad en el incumplimiento de la obligación que se dice violada, elemento este que es un ingrediente esencial de la responsabilidad civil.

Es cierto que respecto de los reproches que se le endilgan a la fiduciaria, varios testigos respaldaron en sus declaraciones los planteamientos de la beneficencia, pero también lo es que otros deponentes manifestaron, sobre los mismos temas, su respaldo a los criterios y actuaciones de la convocada, encontrando que las condiciones pactadas en las treinta y dos operaciones objeto de debate fueron razonables, apropiadas a las condiciones del momento y coincidentes con los propósitos de la fiducia.

Quienes quizá se mostraron más enfáticos en sus críticas a la conducta de la fiduciaria, fueron los representantes de las compañías que adquirieron lotes a altos precios antes de 1997, las que se sienten perjudicadas por las ventas posteriores a precios más bajos, lo que en su entender las colocará en una situación desfavorable para competir con los constructores a quienes la tierra les resultó más barata. Con todo, ese desequilibrio económico no es necesariamente el producto de un error de criterio del fiduciario, ni de una inadecuada concepción del esquema que se montó en el segundo trimestre de 1997, pues obedeció más bien, como lo admiten los peritos, a un cambio

ostensible en las condiciones del mercado al haber entrado la economía nacional, en general, y la industria de la construcción, en particular, en una etapa de crisis que ya enseñaba síntomas de una marcada recesión desde finales de 1995. Es entendible, desde luego, el malestar de quienes compraren a precios elevados, pero es innegable que en una economía de mercado con frecuencia se producen estos contrastes, de suyo repentinos e imprevisibles, que afectan a quienes compran en un mercado en ascenso, en el que imperan las condiciones de los vendedores, en tanto que se benefician quienes adquieren en un mercado en descenso en el que tienen preeminencia los compradores.

Frente a los criterios divergentes de los testigos oídos en el proceso en punto a la evaluación del comportamiento del fiduciario, es del caso subrayar que con el dictamen pericial de expertos inmobiliarios no queda probado, propiamente, ningún error de conducta profesional de la fiduciaria. En efecto, estos expertos encuentran razonables o justificables la mayor parte de las condiciones pactadas en las treinta y dos operaciones que nos ocupan. Solo en dos aspectos los peritos expresan extrañeza por el carácter atípico o inusual del nuevo esquema de ventas puesto en marcha, pero sin que a juicio del tribunal sus manifestaciones llegasen a desembocar en la configuración de una culpa caracterizada. Esos dos aspectos se refieren a la venta en bloque de toda la tierra que aún quedaba en la fiducia y a los largos plazos otorgados para iniciar la construcción de los proyectos y para concluirlos.

La venta en bloque del resto de los lotes sería, en opinión de los expertos, una estrategia equivocada, dados los problemas de sobreoferta de inmuebles que generaría, de manera que no sería justificable a no ser por la necesidad de evitar el pago del impuesto predial. Estas reflexiones de los peritos no ponen en evidencia un error de conducta de la fiduciaria, pues se quedan a mitad de camino toda vez que no señalan cual ha debido ser la actitud razonable y ponderada que un profesional diligente, colocado en circunstancias similares, hubiere adoptado. Recuérdese a este efecto, que la demostración de la culpa proviene de la necesaria comparación con un patrón de conducta ideal o abstracto, de suerte que ha de cotejarse lo hecho por el deudor con lo que habría sido la conducta de un profesional prudente y diligente ante una situación de las mismas características.

En el presente caso los peritos no explican cuál habría sido la solución más aconsejable y eficiente que tomara en consideración las circunstancias imperantes y atendiera los distintos requerimientos que debían observarse.

Esas circunstancias eran, básicamente, la inminente e inevitable terminación del contrato de fiducia y la consecuente extinción del patrimonio autónomo, en un momento en que declinaba la actividad constructora, así como la demanda y los precios de los inmuebles. Y los requerimientos que debían atenderse gravitaban en torno a la necesidad de garantizar que el proyecto Ciudadela del Salitre continuara y culminara respetando el propósito esencial establecido en el acuerdo interinstitucional y en el contrato de fiducia, es decir, asegurando un desarrollo urbanístico armónico e integral en la zona, con altas especificaciones técnicas y sociales, lo cual exigía de un criterio rector y de una entidad coordinadora que siguiera encargándose de la consecución de esos altos propósitos. Esta preocupación se advierte claramente y de manera reiterada en el testimonio de la doctora Isabel Martínez Gaitán delegada del Presidente de la República en la junta coordinadora, sobre quien principalmente recaía la responsabilidad de velar porque se preservara el espíritu y se cumplieran las metas del acuerdo interinstitucional. Por esto, el tribunal otorga una especial credibilidad al dicho de la mencionada testigo, en razón, además, de sus calidades personales y profesionales y por su posición objetiva e imparcial.

Otro requerimiento que debía tenerse presente para tomar una decisión adecuada, como ya se dijo, era el de evitar que los inmuebles quedaran de nuevo bajo la directa administración de la beneficencia, pues según se deduce de algunas de las pruebas, esta entidad no tenía la capacidad ni la experiencia para un acertado manejo de su inventario de tierras y dada la notoria influencia ejercida por los políticos en la gestión de este organismo se corría el peligro, de que su patrimonio se dilapidara o se le diera una destinación tal que desvertebrara el proyecto arquitectónico de conjunto. Por lo demás, esto último podría haber ocurrido, muy posiblemente, si la beneficencia hubiere entregado estos predios en dación en pago a las distintas entidades financieras acreedoras con el fin de reducir sus pasivos, como era la intención de su actual administración según lo puntualizó su síndico en la declaración de parte que rindió. Este temor a que las tierras regresaran a la administración directa de la beneficencia fue palmariamente expresado por todos los miembros interrogados de la junta coordinadora y de esta manifestación no se apartaron quienes pertenecían también a la junta general de la beneficencia, ni siquiera quien a la sazón era su síndico, pues todas estas personas, conociendo detalladamente la organización y el funcionamiento

de la entidad, coincidieron en resaltar sus ostensibles falencias, que le habrían impedido administrar convenientemente sus activos inmobiliarios.

El tercer requerimiento que debía observarse era el de evitar que la beneficencia tuviere que pagar el impuesto predial durante un período prolongado, pues dada la cantidad de tierra que regresaría a su patrimonio y la recesión que venía en curso, transcurrirían varios lustros antes de que se reactivaran plenamente las ventas de lotes y los desarrollos inmobiliarios en el sector. Ese impuesto representaba, por ende, un monto apreciable que afectaría seriamente las disponibilidades de liquidez de la beneficencia.

Para el tribunal el solo hecho de que se hubiere suscitado tanto debate en el proceso y tantas dudas e incertidumbres respecto de la existencia o no de la obligación de pagar el impuesto predial, muestra que aunque no fue determinante, no podía prescindirse de este factor al analizar las consecuencias del eventual regreso de los predios al patrimonio de la beneficencia. Además, existen otras consideraciones e indicios que justifican la posición de la fiduciaria en el sentido de que para ella este elemento tributario era uno de los pilares del nuevo esquema de ventas que propuso en el primer semestre de 1997. En efecto, ninguno de los miembros de la junta coordinadora, ni siquiera la síndico de la beneficencia, ni los miembros de su junta general manifestaron que los lotes no estarían sujetos a este gravamen al reincorporarse al patrimonio de la entidad y, por el contrario, algunos meses antes la beneficencia había pedido recursos a la fiduciaria para pagar el impuesto predial de dos lotes que habían sido restituidos a aquella, lo que razonablemente permitía pensar que la convocante si estaba obligada a pagar ese tributo. El tribunal quiere señalar que, en su opinión, era la beneficencia la que debía saber específicamente cual era su situación impositiva respecto de sus inmuebles, más aun cuando su situación tributaria no parecía derivarse de la normatividad general, sino de un tratamiento especialísimo, que era ella la llamada a conocer con exactitud.

Ahora bien, volviendo a las reflexiones en torno a la existencia o no de un error de conducta profesional que pudiere imputársele a la fiduciaria, es claro que ni los peritos, ni los testigos expertos en el negocio inmobiliario, señalaron cual habría sido el mecanismo que mejor se hubiese adaptado a las circunstancias del momento y a las que desde entonces se vislumbraban para el futuro próximo y que fuera al mismo tiempo el más idóneo para atender los requerimientos que vienen de describirse. No hay entonces un patrón de conducta que sirva de punto de referencia para cotejar las propuestas y actuaciones de la convocada con la conducta que habría mostrado un fiduciario prudente y diligente colocado ante las mismas exigencias y condiciones fácticas. Esto significa, como ya se dijo, que los reproches formulados por la convocante al comportamiento de fiduciaria central se quedaron a mitad de camino, de manera que no se demostró el error de conducta profesional necesario para que cristalizara la responsabilidad cuya declaratoria persigue la actora.

Lo propio puede decirse del otorgamiento de los plazos otorgados a los adquirentes de los inmuebles para la iniciación y culminación de los proyectos inmobiliarios, plazos que los peritos califican de inusuales. Con todo, es claro que ante la inminente terminación de la fiducia era necesario vender los predios que aún conformaban el patrimonio autónomo, pues a juicio de varios de los miembros de la junta coordinadora esos inmuebles no debían regresar a la administración directa de la beneficencia, y porque sobre todo debía garantizarse la adecuada culminación del proyecto urbanístico integral, es decir, el logro de las metas perseguidas por el acuerdo interinstitucional y por el contrato de fiducia. Debiéndose entonces proceder a la enajenación del inventario de tierras, era menester que ante la recesión en curso los compradores tuvieran el tiempo suficiente para aguardar la recuperación de la actividad inmobiliaria y para el desarrollo ulterior de los proyectos, así como para su promoción y venta. Para los proyectos de vivienda se otorgó un plazo máximo de terminación de lo años, lo que no parece excesivo dada la cantidad de tierra y la duración y magnitud de las crisis por la que atraviesa el país y muy particularmente la construcción. Lo mismo ocurre con los predios enajenados para proyectos de uso múltiple, cuya comercialización es más difícil y prolongada, razón por la cual el término para la culminación de los proyectos se extiende hasta por veinte años. Pero incluso los peritos señalan que es posible que ese lapso sea insuficiente para llevar a cabo todos los desarrollos inmobiliarios, en consideración a la cantidad de tierra disponible y a la profundización de la recesión. Esto muestra que de haberse pactado plazos más cortos se habría concentrado en un período más breve la sobreoferta de inmuebles construidos, lo que deprimiría notoriamente los precios, o le impediría a los compradores llevar a cabo los proyectos en el término estipulado.

No es, por lo demás, desdeñable en estas consideraciones sobre la extensión de los plazos para la ejecución de los proyectos, el hecho de que los predios tienen demarcación urbana y usos bien definidos, poco susceptibles a cambio en razón de formar parte de un proyecto especial integrado, a los cuales debe darse cumplimiento quien quiera fuere su desarrollador. Escogidas o aceptadas firmas de prestigio y experiencia, como lo fueron las adquirentes de aquellos predios, que, se repite, no pueden tener sino el uso establecido, los plazos de ejecución se perfilan aún mejor como factores de graduación de la oferta de unidades terminadas, de suyo importantes para aquel desarrollo integrado.

El tribunal observa que de los planteamientos de la beneficencia se desprende el claro propósito de hacer recaer sobre la fiduciaria los efectos adversos derivados de la duración y magnitud de la crisis que aún subsiste, la que fracturó las previsiones de todos los que estructuraron el nuevo esquema de ventas, en virtud de las características absolutamente inesperadas y atípicas de la presente recesión, toda vez que no existían antecedentes en cuanto a su alcance y repercusión, en particular por ser la primera vez que en la historia económica del país se presenta una rebaja tanto en pesos corrientes como constantes, en el valor de la tierra. Es por ello que el tribunal piensa que de no haberse profundizado la crisis muy probablemente este proceso nunca se hubiere iniciado.

No obstante, como se señaló previamente, la fiduciaria no puede ser tenida como responsable por la evolución adversa y en buena parte imprevisible de la coyuntura de los negocios en el país ni por la marcada recesión de la industria de la construcción y del mercado de la tierra. Debe reiterarse que quien evalúa la conducta del profesional administrador de negocios no puede sustituir *ex post facto* el criterio de este por el suyo propio, lo que a más de ilógico y contraproducente sería injusto, pues el juzgador actúa a sabiendas de lo ya ocurrido en la realidad, ya que conoce si resultaron correctas o frustradas las previsiones o proyecciones sobre las cuales se tomó la decisión de llevar a cabo un negocio. La sustitución de un razonamiento por otro posterior no es procedente por cuanto las circunstancias, premuras y motivaciones en uno y otro caso son diametralmente distintas. Ya se advirtió que los gestores de negocios deben tener la certeza de que no verán comprometida su responsabilidad, ni siquiera si sus decisiones resultan equivocadas o si los negocios que emprendan arrojan pérdidas, a condición eso sí de que hayan actuado y tomado sus determinaciones con las precauciones, estudios y análisis razonables y usuales en el medio de que se trate.

Quedó demostrado en el proceso que a todo lo largo de la ejecución del contrato de fiducia la junta coordinadora tomó, como le correspondía, las decisiones concernientes a la adopción de los esquemas generales de ventas, al menos en sus aspectos esenciales, y luego aprobó cada una de las operaciones específicas de enajenación de predios. Lo propio ocurrió respecto de las treinta y dos operaciones que se efectuaron en mayo y junio de 1997, de suerte que fue la junta coordinadora la que en últimas tomó las determinaciones de venta y la que definió las condiciones fundamentales de las mismas, lo que significa que es a esta a la que debe atribuírsele la bondad o los defectos del nuevo esquema de ventas que hizo poner en marcha cuando ya expiraba el negocio fiduciario.

A la fiduciaria le correspondía, entonces, darle apoyo y respaldo a la junta coordinadora, mediante el adecuado cumplimiento de la obligación de información, propia de todo profesional, a fin de que el órgano decisorio establecido en el contrato de fiducia mercantil contara con todos los elementos de juicio necesarios y suficientes para tomar determinaciones correctas, con arreglo a las circunstancias imperantes y a los propósitos perseguidos.

En cuanto al cumplimiento de la prestación de información a cargo de la fiduciaria, ha de señalarse que en las actas de los sectores de la junta coordinadora se observa que los aspectos esenciales del nuevo esquema de ventas fueron explicados a los miembros de la junta, si bien no se hace mención a algunas modificaciones de importancia que se introdujeron para las ventas de mayo y junio de 1997. Sin embargo, los componentes de dicha junta que declararon en el proceso, quienes eran los destinatarios de las informaciones suministradas por la fiduciaria, reconocieron que, aunque no habían analizado el clausulado de los contratos de compraventa, si se les habían dado las explicaciones pertinentes, las que encontraron claras, inteligibles y suficientes, lo que les permitió entender adecuadamente la necesidad de modificar el esquema de ventas que venía aplicándose, así como el contenido, el alcance y el propósito de los aspectos que sufrieron cambio.

En todo caso, si alguno o algunos de los cambios de relevancia no se le hubieran dado a conocer a la junta coordinadora, o si su análisis hubiere sido insuficiente, no por ello podría concluirse que la fiduciaria incumplió la

obligación de información que le incumbía, pues para ello habría sido menester demostrar que en razón de esas falencias la junta habría incurrido en un error de apreciación que le habría impedido adoptar una decisión más conveniente o más ajustada a las circunstancias y necesidades del momento. En otras palabras, se habría tenido que probar que la junta, de haber conocido y comprendido cabalmente el alcance de todos los cambios que conllevaba el nuevo esquema, habría podido establecer condiciones de venta más adecuadas a la realidad fáctica imperante y que, sobre todo, hubieren sido aceptadas por un mercado con ostensible preeminencia de los compradores.

Esas pruebas no se allegaron al proceso y el tribunal entiende que esa demostración posiblemente no se habría logrado, pues a su juicio las condiciones establecidas por la junta y las plasmadas en los contratos de compraventa de los lotes son razonables, apropiadas para el entorno económico de la época y adecuadas para los propósitos y requerimientos que debían atenderse.

Así mismo, la labor de apoyo de la fiduciaria también se observa en los estudios que solicitó a los abogados externos que contribuyeron a la estructuración y al análisis del nuevo esquema y en algunos trabajos que ella misma realizó, como el relativo al impuesto predial, con lo cual suministró a la junta coordinadora un respaldo jurídico y financiero que sus miembros calificaron de adecuado para llegar a acoger, como lo hicieron, las nuevas condiciones para la enajenación de los predios restantes.

No puede afirmarse, ni darse a entender —como suele hacerse con los órganos o funcionarios de entidades públicas— que los miembros de la junta coordinadora no tenían la capacidad, ni las luces suficientes para entender y analizar las razones que hacían aconsejable el cambio del esquema de ventas y para evaluar el alcance y los efectos de las modificaciones propuestas.

Esta especie de condescendencia o admisión de una cierta minusvalía intelectual no puede prohijarse por el tribunal en personas que ocupan destacadas posiciones en la sociedad, pues se trata de representantes del propio Presidente de la República, del Alcalde Mayor de Bogotá, del gobernador de Cundinamarca, de miembros de la junta general de la beneficencia nombrados por la asamblea del departamento y del síndico de la beneficencia. Sería absurdo pretender demostrar que los funcionarios y entidades encargados de escoger a sus delegados a la junta coordinadora hubieren designado a personas sin la suficiente formación, inteligencia y sentido del deber para el recto y eficiente cumplimiento del encargo que se les encomendó. De ahí que si aprobaron el nuevo esquema de ventas que les propuso la fiduciaria y si autorizaron las treinta y dos operaciones de venta en mayo y junio de 1997, ha de inferirse que lo hicieron con pleno conocimiento de causa y después de la juiciosa ponderación de las materias relevantes. Por tanto, habiendo observado la fiduciaria la obligación de información que le correspondía, no es procedente argüir que incurrió en culpa o en un error de conducta profesional.

5.6. El daño

El daño que es igualmente un factor esencial para la configuración de la responsabilidad civil, debe ser demostrado por el actor, pues este tiene la carga de la prueba de todos los elementos estructurales de su pretensión indemnizatoria.

Esa labor probatoria comprende la demostración de los deméritos patrimoniales o morales sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a cargo de su deudor, así como la determinación de la naturaleza de esos deméritos y su cuantía.

Respecto a la naturaleza del perjuicio corresponde al demandante probar que se trata de un daño directo y en principio previsible, tal como lo dispone el artículo 1.616 del Código Civil.

El daño directo es aquel que constituye una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento imputable al deudor, o que, en otras palabras, se explica íntegramente por tal incumplimiento. Es, entonces, el daño que tiene una vinculación causal directa con la violación de los compromisos contractuales.

Dichos daños directos se subdividen en previsibles e imprevisibles. Los primeros son aquellos que se previeron, o pudieron anticiparse o preverse, con mediana diligencia y acuciosidad, al momento de celebrarse el contrato. Por regla general se reparan solo los perjuicios previsibles, a menos que el actor demuestre que su deudor incurrió en culpa grave o en dolo, en cuyo caso este estará obligado a resarcir todas las secuelas directas y adversas de su

incumplimiento, sean estas previsibles o imprevisibles.

Ahora bien, no es imprescindible que el daño cuyo resarcimiento se persigue sea actual, esto es, que ya haya acaecido o se haya concretado, pues también es posible demandar la reparación del daño futuro, a condición de que al momento de fallar el proceso ese daño sea cierto, es decir, que el juzgador tenga la certeza de que en efecto ocurrirá y que su cuantía aparezca probada.

La posibilidad de demandar la reparación del daño futuro se basa en el hecho de que las consecuencias generadas por el incumplimiento no siempre se producen de manera inmediata, de suerte que su repercusión en la órbita de derechos del acreedor puede dilatarse o proyectarse en el tiempo. Con todo, como se dijo, puede condenarse al deudor al pago anticipado de los deméritos que habrán de causarse, siempre que estos sean ciertos y cuantificados.

Así las cosas, la certeza del daño es una característica esencial del mismo, la cual se opone a los daños meramente eventuales o hipotéticos. Esto es así por cuanto el acreedor solo tiene legitimación para demandar reparación en la medida en que efectivamente haya sufrido un menoscabo en sus bienes patrimoniales o morales, de lo que se infiere que el daño ha de ser cierto.

Las pretensiones y hechos de la demanda, así como los planteamientos expuestos por la convocante durante el debate procesal, se orientan a sostener que, a la beneficencia, en razón de la forma como se estipularon las treinta y dos operaciones de enajenación que se realizaron en mayo y junio de 1997, se le causaron graves perjuicios económicos que en su entender irían desde el establecimiento, en virtud de varios factores, de precios de venta injustificadamente bajos en comparación con el valor comercial de la tierra, hasta la pérdida íntegra de los lotes, dado que para la convocante estos salieron definitivamente de su patrimonio sin haber recibido ningún contraprestación.

5.6.1. La pérdida total de los lotes. En las pretensiones de la demanda se pide que se declare que los demandados le causaron a la beneficencia “daño antijurídico ... al enajenar sin contraprestación adecuada treinta y dos lotes de su propiedad ...”. Se solicita en igual sentido que se condene a aquellos a pagarle a la convocante el valor total de los predios enajenados, equivalente a 250 mil millones de pesos, por haber quedado esta “privada de valiosos activos que salieron sin contraprestación económica real o suficiente de su patrimonio ...”.

Respecto de esta pretensión —mediante la cual se persigue el pago íntegro de los treinta y dos lotes enajenados al finalizar el contrato de fiducia— la convocante la sustenta en su entendimiento de que esos inmuebles dejaron de ser parte de su activo patrimonial, pues ya no tiene sobre ellos ningún derecho real, y a cambio, en su opinión, no recibió ninguna contraprestación, pues ni siquiera tiene derecho personal alguno para exigir de los compradores o de la fiduciaria el pago del precio.

El tribunal no concuerda con esta interpretación de la beneficencia, pues el estudio de las escrituras públicas que contienen los negocios de compraventa, así como de las que versan sobre los contratos de fiducia mercantil celebrados entre los adquirentes de los lotes y la fiduciaria central, muestra que esos instrumentos contienen diversas estipulaciones a favor de la beneficencia que obviamente sirven de sustento a la existencia y efectividad de su derecho a percibir el precio de los inmuebles enajenados.

En efecto, nótese el contenido y alcance de las aludidas estipulaciones:

En la cláusula tercera de la fiducia se precisa que “será obligación de la fiduciaria atender con cargo al patrimonio autónomo ... las deudas que pudieren llegar a contraerse en desarrollo de la fiducia y para el cumplimiento de la finalidad prevista en este acto constitutivo ...”.

La cláusula quinta, establece, dentro de las obligaciones y facultades de la fiduciaria, que esta “realizará los activos cobrando las acreencias del patrimonio autónomo y cancelará oportunamente los pasivos a cargo del mismo evitando que este incurra en mora injustificadamente”.

Por su parte en la cláusula sexta se prevé que “es obligación especial del fideicomitente la consecución de la totalidad de los recursos que ... resulten necesarios para la ejecución satisfactoria del proyecto ... así como para poder atender oportunamente la totalidad de las obligaciones que con cargo a este mismo fideicomiso se

contraigan en desarrollo de su objeto”.

El párrafo 1º de esta misma cláusula manifiesta puntualmente que “será obligación especial a cargo del patrimonio autónomo, y así lo deberá reflejar en todo momento sus informes de estados financieros y su propia contabilidad a partir del otorgamiento de esta escritura, el pago del valor del lote fideicomitado que se determina con base en las fórmulas para la determinación del precio contenidas en la cláusula sexta del contrato de compraventa ... en favor del vendedor, los que se transcriben textualmente a continuación: ...”.

En las cláusulas sexta de los contratos de compraventa —que fueron vertidas a los contratos de fiducia, y hacen parte de estos—, merecen destacarse los siguientes aspectos:

En el párrafo 1º (de dicha cláusula sexta), en el cual se describe la forma del pago, se precisa que el precio del lote deberá ser pagado por el comprador “al vendedor y/o a la Beneficencia de Cundinamarca, a través del patrimonio autónomo ...”.

Lo mismo se repite en el párrafo 2º de la aludida cláusula, el cual trata de la liquidación definitiva del saldo pendiente del precio al extinguirse el plazo para la ejecución total del proyecto inmobiliario específico. A este respecto se estipula que el pago de dicho saldo deberá hacerse “a favor del vendedor y/o de la Beneficencia de Cundinamarca”.

En el párrafo 7º, siempre de la cláusula sexta de la compraventa, se señala que si el comprador resuelve no iniciar el proyecto inmobiliario específico, deberá pagar “al vendedor o su sucesor legal”, el precio básico del lote ajustado con el correspondiente IPC. Se agrega en este párrafo que una vez iniciado el proyecto, pero antes de comenzar ventas, podrá también el comprador “pagar al vendedor o a su sucesor legal o sea a la Beneficencia de Cundinamarca”, el precio básico indexado.

Siguiendo con texto del contrato de compraventa, en la cláusula séptima, que igualmente se incorporó al contrato de fiducia mercantil celebrado por los adquirentes de los predios, se manifiesta que el vendedor renuncia a la condición resolutoria que pudiera derivarse del incumplimiento en el pago del precio, y se otorga al comprador la facultad, que debe ejercer dentro de un cierto lapso, de desistir de la compraventa, en cuyo caso se debe “transferir el derecho de dominio del inmueble a la vendedora o a su sucesor económico”.

En este mismo supuesto el comprador debe restituir el monto indexado de la comisión que haya percibido la fiduciaria por la enajenación, para que su valor sea devuelto a la Beneficencia de Cundinamarca.

Volviendo al contrato de fiducia mercantil, al final de la cláusula sexta se establece que la obligación a cargo del patrimonio autónomo de pagar el precio del lote “se entenderá constituida también a favor del sucesor económico del vendedor del predio es decir que la Beneficencia de Cundinamarca, en el evento en que el pago de dicho precio, en todo o en parte, sea posterior a la fecha de terminación del contrato de fiducia mercantil ... formalizado entre esa entidad ... y el Banco Central Hipotecario ... mediante escritura 2215 del 5 de junio de 1987 de la Notaría 21 de Bogotá ... cedido a la Fiduciaria Central S.A. por medio de otro instrumento. Pese a la responsabilidad del fideicomitente de conseguir y aportar o prestarle al patrimonio autónomo la totalidad de los recursos necesarios para la ejecución del proyecto ... incluidos los necesarios para el pago del precio del lote a favor del fideicomiso Ciudad Salitre o de la Beneficencia de Cundinamarca, según el caso, el fideicomitente seguirá siendo solidariamente responsable a favor de los mencionados acreedores o de quien represente sus derechos, con cargo a su propio patrimonio, por el cumplimiento de esta obligación”.

La cláusula octava de la fiducia prevé, como una de las obligaciones del fideicomitente, la de “entregar a la fiduciaria los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones que adquiera el patrimonio autónomo en desarrollo de su finalidad”.

La cláusula décimasegunda, que versa sobre los derechos de beneficio del fideicomitente, establece que “una vez pagado el lote ... se entenderá en tal sentido efectuada la restitución de su inversión inicial a favor del fideicomitente y ... el saldo de los recursos que finalmente se le entreguen al fideicomitente, lo serán a título de utilidad o rendimiento del fideicomiso”. Esta misma cláusula agrega que “el fideicomitente no podrá recibir recurso alguno del fideicomiso a título de utilidades o rendimientos del mismo, mientras no se haya pagado en su

totalidad el pasivo externo del patrimonio autónomo y el fiduciario no haya podido verificar y/o certificar el hecho de haberse pagado a favor del fideicomiso Ciudad Salitre o de la Beneficencia de Cundinamarca, según el caso, la totalidad del precio de la compra del lote ...”.

En el párrafo 1º de esta cláusula décimasegunda se establece que la fiduciaria deberá transferirle a la Beneficencia de Cundinamarca —a título de dación en pago de las deudas a favor de esa entidad, es decir, del saldo pendiente del precio— el lote fideicomitado, dación que deberá efectuarse en varios eventos, entre ellos, por no haber comenzado las obras dentro del plazo acordado para la iniciación del proyecto.

En igual sentido, en el párrafo 2º se dispone que si pasados treinta días de la fecha de expiración del plazo para la terminación del proyecto, subsistiere aún un saldo pendiente por pagar del precio del lote, la fiduciaria deberá transferir a título de dación en pago el número necesario de unidades inmuebles privadas resultantes al 80% de su valor en la lista vigente en ese momento.

La cláusula decimatercera regula lo concerniente a la retribución de la fiduciaria y entre sus previsiones se indica que “en caso de no desarrollo del proyecto inmobiliario específico, la fiduciaria devengará una suma igual al dos por ciento (2%) del valor que se le abone por concepto de pago del lote a la Beneficencia de Cundinamarca ...” y más adelante reitera su derecho a percibir este porcentaje sobre el “precio real pagado por el fideicomitente a la Beneficencia de Cundinamarca”.

Finalmente, la cláusula vigesimasegunda establece la forma como debe liquidarse el contrato de fiducia mercantil, en los casos en que esto procede, señalando al efecto las tareas que debe cumplir la fiduciaria, entre ellas, las de pagar el lote y el pasivo externo con los recursos provenientes del fideicomiso.

Es claro, entonces, que si bien el adquirente del lote es, dentro de la estructura de la fiducia mercantil, tanto fideicomitente como único beneficiario de la misma, también lo es que la Beneficencia de Cundinamarca es acreedora del patrimonio autónomo por el precio del lote, deuda por la cual ha de responder igualmente, como obligado solidario, el mencionado fideicomitente, esto es, el adquirente del predio, quien tiene la obligación de suministrarle al fideicomiso todos los recursos para cubrir ese pasivo.

De los apartes mencionados del contrato de fiducia mercantil se deduce que las partes de dicho negocio jurídico reconocieron reiteradamente la existencia del derecho de la beneficencia a recibir el pago del precio del lote y por tal razón hicieron en su favor varias estipulaciones, en particular la contenida al final del párrafo 1º de la cláusula sexta, en el cual se señala que la obligación de pagar el precio del lote, que pesa sobre el patrimonio autónomo y sobre el fideicomitente, se entiende constituida también a favor de la Beneficencia de Cundinamarca, en el evento en que el pago de dicho precio, en todo o en parte, sea posterior a la fecha de terminación del contrato de fiducia celebrado entre dicha entidad y el Banco Central Hipotecario, cedido luego a la fiduciaria central.

Se trata entonces de una clara estipulación para otro, en los términos del artículo 1.506 del Código Civil, según los cuales “cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado”, para lo cual es menester que acepte, expresa o tácitamente, dicha estipulación. Precisa la norma que “constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieren podido ejecutarse en virtud del contrato”.

Así las cosas, la beneficencia, en virtud de las estipulaciones a que se ha hecho referencia, está legitimada, por encima incluso de la fiduciaria misma, para exigir y recaudar directamente de los obligados el precio de venta de los treinta y dos inmuebles que nos ocupan. Este derecho a percibir directamente el precio de los lotes surgió a la vida jurídica a partir de la terminación del contrato de fiducia que vinculaba a la beneficencia con la fiduciaria central, de manera que aquella cuenta con las atribuciones necesarias para hacer efectivo ese derecho frente a los treinta y dos fideicomisos y a los treinta y dos adquirentes de sus lotes.

El tribunal entiende, por lo demás, que la beneficencia aceptó de manera expresa o implícita las estipulaciones hechas en su favor en el contrato de fiducia del único inmueble cuyo desarrollo ha culminado hasta ahora, es decir, el proyecto “Puerto Madero” construido por Cusezar, en el cual la beneficencia recibió el pago del lote, cuyo monto fue determinado mediante el sistema de concertación, vale decir, con un porcentaje del 18% sobre el precio

de venta de las unidades resultantes, tal como lo advierten los peritos inmobiliarios en su dictamen (pág. 17). El recibo de este precio por parte de la beneficencia pone de manifiesto su aceptación a las estipulaciones hechas en su favor en el contrato de fiducia, en particular, respecto de su carácter de acreedor del fideicomiso por el precio del predio y de su consecuente derecho a percibir el pago correspondiente.

Finalmente, tiene una señalada importancia —pues viene a corroborar la existencia de los derechos de la beneficencia y a despejar toda duda que pudiere subsistir al respecto— lo estipulado en la escritura pública 5.119 del 11 de agosto de 1997, de la Notaría 1ª de Bogotá, mediante la cual se aclaró y adicionó la liquidación del contrato de fiducia celebrado entre la beneficencia y el Banco Central Hipotecario, cedido luego a la fiduciaria central (liquidación efectuada por escritura pública 3945 de jul. 1º/97 de la Notaría 1ª de Bogotá). Nótese que en el parágrafo 2º de la cláusula cuarta de la escritura de aclaración se manifiesta: “queda entendido que la fiduciaria cede al fideicomitente su posición contractual en todos aquellos contratos de venta de inmuebles que en desarrollo de fiducia mercantil celebró la primera, sin perjuicio del procedimiento que para hacer valer dicha cesión frente a terceros realizará la fiduciaria, dando cuenta de la misma mediante comunicación dirigida a los compradores respectivos”.

Así las cosas, la beneficencia, en virtud de la cesión de la posición contractual que poseía la fiduciaria en los contratos de compraventa de los predios, quedó claramente legitimada para cobrar el precio de los inmuebles o a recibir estos en dación en pago en los términos previstos en los señalados actos de enajenación.

El tribunal entiende que con base precisamente en la cesión de derechos a que se ha hecho referencia, la beneficencia registró en sus activos las acreencias que tiene frente a los adquirentes de los lotes. A este respecto señalaron los peritos contables que revisaron la contabilidad de la beneficencia: “En la contabilidad aparecen como deudores de la beneficencia los compradores del fideicomiso, cuando la realidad es que la beneficencia es acreedora de la fiduciaria central” (pág. 10). “La acreencia a cargo de la fiduciaria no se ha contabilizado; en cambio se contabilizó una deuda a cargo de los compradores de los treinta y seis predios, que no existe” (pág. 11). En este punto debe aclarar el tribunal que la escritura 5119 de 1997 se aportó al expediente con posterioridad a los alegatos de conclusión y por lo tanto no fue conocida por los peritos cuando dieron este último concepto.

Con esto se pone en evidencia que no se puede afirmar que la beneficencia perdió los predios que la fiduciaria vendió, pues a cambio de ello recibió derechos de crédito por el monto de su precio. De otra parte, las conclusiones jurídicas a que llegan los peritos en el sentido de que los compradores de los lotes no son deudores de la beneficencia, son inexactas, pues en virtud de los contratos de compraventa de los lotes y los de fiducia, los adquirentes son codeudores, junto con los patrimonios autónomos, frente a la beneficencia, por el valor del precio. Además, con la cesión de los derechos de la fiduciaria a la beneficencia, esta se convirtió en acreedora directa de los adquirentes de los lotes.

Por tanto, no puede admitirse que la beneficencia haya sufrido un perjuicio equivalente a la pérdida de los treinta y dos lotes, pues si bien estos salieron de su patrimonio, la beneficencia conserva derechos personales para exigir de los adquirentes de los mismos y de los fideicomisos constituidos por estos, el pago íntegro de los respectivos precios. Así mismo, en el evento de no llevarse a cabo los desarrollos inmobiliarios acordados, la fiduciaria estipuló a favor de la beneficencia y luego le cedió sus derechos, para que esta reciba, a título de dación en pago, el lote o lotes correspondientes, en cuyo caso los inmuebles en cuestión regresarán al patrimonio de la convocante.

5.6.2. La enajenación de los lotes a precios injustificadamente bajos. En la demanda, en el curso del debate procesal y en su alegato de conclusión, han sido claras las manifestaciones de la convocante respecto de los deméritos patrimoniales que dice haber sufrido por diversas estipulaciones que contienen los contratos de compraventa de los lotes respecto del precio establecido, o de los mecanismos acordados para su determinación, estipulaciones que a su juicio le significarán un menor ingreso si se le compara con el valor comercial de los inmuebles en el momento de la enajenación. Las condiciones así pactadas parecen a la beneficencia ilógicas, injustificadas y lesivas para sus intereses, por cuanto alega que no se exigió cuota inicial, que el porcentaje pactado del 18% sobre el valor de enajenación de las unidades resultantes es muy bajo; que el precio básico acordado también es muy reducido y que es inapropiado su ajuste con el IPC, pues tradicionalmente en el país ha crecido más la valorización de la tierra que la inflación. Así mismo, que, a diferencia de lo establecido en ventas

efectuadas antes de 1997, en las treinta y dos operaciones realizadas en mayo y junio del aludido año no se le garantizó a la actora un precio mínimo por sus predios.

Sobre estas afirmaciones cabe puntualizar que, según las pruebas que obran el proceso, en las ventas realizadas mediante el mecanismo de concertación —entendido como una participación porcentual del dueño de la tierra en el precio de enajenación de las unidades resultantes— jamás se acordó con los compradores de los lotes el pago de una cuota inicial o anticipo del precio de los mismos. Esto no ocurrió en las operaciones efectuadas dentro del cuadro del esquema anterior de ventas, ni en desarrollo del esquema adoptado finalmente en mayo de 1997 para la enajenación de los treinta y dos predios que aún quedaban en el fideicomiso.

En la aclaración al dictamen pericial, los peritos encuentran extraño que no se hubiere pactado una cuota inicial, dada la extensión de los plazos otorgados, pero específicamente en atención a las necesidades de liquidez de la convocante.

A este respecto, en la página 45 de la complementación del experticio, señalan: “El texto es elocuente en la confirmación de la facultad mencionada en el cuestionario, a nuestro juicio evidentemente injusta e inequitativa para con la Beneficencia de Cundinamarca, que por su naturaleza y propósitos se adivina necesitada de fondos para atender a sus objetivos y que ha quedado congelada por plazos excesivos, los que, además, están sometidos al alea de terminar con una dación en pago como la descrita”.

Con todo, debe recordarse que la junta coordinadora aceptó las condiciones tanto del anterior como del nuevo esquema de ventas mediante concertación y en ninguna de las épocas en que se utilizó ese mecanismo exigió cuota inicial, ni puso reparo alguno a las operaciones que así se llevaron a cabo. En la aprobación de las treinta y dos operaciones de mayo y junio de 1997, intervinieron en el seno de la junta coordinadora los miembros de la junta general de la beneficencia, su síndico y tuvo una, muy activa participación la gobernadora del departamento. Estas personas que por su estrecha vinculación con la convocante conocían o debían conocer perfectamente las necesidades de recursos de esa entidad eran las llamadas a poner de presente a los demás miembros de la junta coordinadora sus requerimientos y a exigir que en los contratos se estableciera un anticipo o cuota inicial que le ayudara a solucionar sus eventuales problemas de liquidez. Pero no plantearon nada al respecto y aprobaron sin reserva las condiciones del nuevo esquema de ventas dentro de las cuales no se preveía el cobro de un pago inicial.

Por tanto, la carencia de un anticipo no puede verse como un error de conducta del fiduciario, o este no puede imputársele por tratarse de una decisión adoptada por el órgano decisorio establecido en el contrato de fiducia. A más de lo anterior, no aparecen cuantificadas en el proceso las repercusiones económicas adversas que se habrían desprendido del hecho de no exigir de los compradores el pago de una cuota inicial, lo que significa que no está probado el daño sufrido por la beneficencia por este concepto.

En cuanto al sistema de ventas por concertación y el porcentaje sobre el valor de las unidades resultantes, ha de precisarse que quedó demostrado que ese sistema ha sido frecuentemente usado en la industria de la construcción, de manera que es bien conocido en el medio. Adicionalmente, tal sistema fue acogido por la junta coordinadora con anterioridad a las operaciones de mayo de 1997 y la beneficencia lo pactó en negocios inmobiliarios realizados a través de otras entidades fiduciarias.

Con esta apreciación coincidió el doctor Enrique Liévano, asesor de la beneficencia, quien declaró que dicho sistema “no es inusual”.

Los peritos inmobiliarios reconocieron la aplicabilidad del sistema de concertación al hacer, entre otros, los siguientes comentarios:

“En cuanto a la posibilidad de pactar el precio en una forma determinable, ello evidentemente es posible y lo ha sido hasta cierto punto para los casos en estudio, mediante la referencia al IPC del momento en que haya de efectuarse el pago ... pero haciendo partícipe al vendedor del resultado económico, bueno o malo, del desarrollo, al vincular el valor del terreno al de la venta final del inmueble construido” (pág. 69 del dictamen inicial).

“Es evidente que en varios proyectos se ha vinculado al propietario o vendedor del terreno a los resultados económicos del negocio. Pero nunca, que nosotros sepamos, con base en plazos tan extensos como los que se

pactaron en Ciudad Salitre. Es igualmente evidente que el vendedor normalmente puede obtener un mejor retorno de su inversión si se vincula a un negocio de construcción exitoso, en lugar de vender el lote por su valor comercial” (pág. 49 del escrito de aclaración del dictamen).

Los peritos expertos en banca de inversión también se refirieron al sistema de ventas por concertación en estos términos:

“Por otra parte consideran los peritos que el esquema de concertación permite que la beneficencia derive los beneficios o perjuicios del ciclo económico. Por tratarse de operaciones cuyos plazos pueden extenderse hasta el año 2010, no resulta viable sacar conclusiones sobre mayores valores o plusvalías resultantes” (pág. 13 del dictamen).

Se trata entonces de un mecanismo que permite participar al vendedor de la tierra de la valorización que obtenga ese bien, tal como lo prevé el contrato de fiducia mercantil en que se subraya la conveniencia de que la beneficencia logre percibir la plusvalía de su inventario inmobiliario. Por esto los peritos inmobiliarios precisaron que “en cuanto a la valorización, de producirse, ella se llevaría implícita en la asignación al lote del 18% sobre el valor final de venta del proyecto” (pág. 74 del dictamen inicial).

En cuanto al porcentaje pactado del 18% este parece del todo razonable, si se tiene en cuenta que en las ventas por concertación celebradas antes de 1997 se pactaron porcentajes más bajos, tal como lo declaró en su testimonio el doctor Guillermo Gómez Estrada. Por su parte el doctor Enrique Liévano también se refirió a otros negocios, que él conocía, en los cuales se acordaron porcentajes más reducidos. Lo mismo se aprecia en la prueba documentaria que aparece en el proceso, con la cual se demuestra que en ventas hechas por la beneficencia, a través de otras fiduciarias, se estipularon participaciones del 16% y 17% para proyectos de vivienda. Por ello el doctor Miguel Navas Sanz de Santamaría, gerente de Ospina y Cia., admitió en su testimonio que el 18% “es un porcentaje razonable”.

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que por el hecho de haber utilizado para la venta de los lotes el llamado sistema de concertación y por haber convenido una participación del 18% sobre el precio de enajenación de las unidades resultantes, no se generó para la beneficencia un demérito económico, el cual, por lo demás, no fue probado ni cuantificado, pues, como lo afirmaron los peritos expertos en banca de inversión al referirse al sistema de concertación que se utilizó en las treinta y dos operaciones, dada la extensión de los plazos acordados, “no resulta viable sacar conclusiones sobre mayores valores o plusvalías resultantes”.

Para la convocante una tercera causa de perjuicios —derivada de las condiciones pactadas en los contratos de compraventa— la constituye la fijación de un precio base muy bajo y su ajuste con el IPC.

Sobre la determinación del precio base conceptuaron los peritos inmobiliarios:

“La determinación del precio base que marcó el punto de partida para calcular la obligación en cuanto al precio real de la operación, fue el de estimar el área construible de cada lote, para enseguida, calculando el precio de venta factible del metro cuadrado construible, asignar al lote, según sus condiciones individuales (ubicación, régimen de uso múltiple o vivienda y demás), un 18% de participación con respecto al total de las ventas posibles del proyecto final” (pág. 46 del dictamen inicial).

La beneficencia le recrimina a la fiduciaria el haber pactado precios base más bajos que los establecidos en operaciones llevadas a cabo con anterioridad a 1997 y el no haber exigido, cuando menos, los precios que arrojan las proyecciones del estudio de la lonja de propiedad raíz intitulado “El valor del suelo urbano en Bogotá 1998”. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que del ejercicio comparativo realizado por los peritos expertos en banca de inversión resulta demostrado que en valores constantes fueron más numerosas las enajenaciones celebradas en 1997 en las cuales se acordaron precios superiores a los pactados en los años precedentes, que aquellas en que se estipularon precios más reducidos.

Pero por sobre todo, no se pueden tener como punto de referencia los precios convenidos en los años anteriores, pues se trata de situaciones que difieren sustancialmente en cuanto a las condiciones del mercado. Por esta razón, precisamente, los peritos inmobiliarios no aceptaron como patrón para cotejar los precios el estudio arriba indicado

de la lonja de propiedad raíz, como se observa en el siguiente aparte del dictamen pericial (pág. 34):

“A este propósito, y con las precisiones y salvedades antedichas, debemos ser igualmente terminantes en manifestar nuestro absoluto desacuerdo con los valores asignados por la lonja de propiedad raíz de Bogotá para los terrenos del Salitre, particularmente con aquellos promedios conceptuados a partir de 1996 (\$ 600.000 m²), valuación idéntica a la señalada para el año inmediatamente siguiente, cuando ya, a las alturas de 1996, la crisis del sector se encontraba en un nivel acentuado sin la menor duda para nadie”.

“En nuestra opinión que a partir de finales de 1994, la curva de precios de la propiedad inmobiliaria acusó signos de desaliento, los cuales, un año después, finales de 1995 comienzos de 1996, mostraban una franca recesión, con notoria disminución efectiva de los precios en términos reales”.

“Es por ello que, en nuestro leal saber y entender, los valores asignados a partir de 1996 deberían señalar una progresiva disminución, en términos reales con respecto al IPC, del IPC menos 5 a 8 puntos (11.18%) para 1997 y del IPC menos 10 a 15 puntos (4.7%) para 1998”.

Por estas consideraciones los peritos inmobiliarios no establecieron, o al menos no pudieron concluir, que los precios base fijados en las treinta y dos operaciones de compraventa hubieran sido injustificadamente bajos en relación con el valor comercial que habían podido tener en mayo de 1997.

Estas apreciaciones se deducen de los comentarios que se encuentran en el dictamen pericial, ejemplo de los cuales se transcriben a continuación:

“El valor comercial era aquel que aparece registrado en las escrituras de venta respectivas, habida cuenta de las condiciones acordadas de precio y de plazo, puesto que no hay otros elementos objetivos de comparación que los desvirtúen, hemos de entender como valor comercial aquel que fue objeto de comercio en el sector” (pág. 78).

“En eventos como el que es materia de este cuestionario, cuando no existe posibilidad material de comparación entre los valores promedios de una determinada clase de predios y el valor establecido como precio en una, o en varias transacciones comerciales, el valor y el precio se confunden y la posibilidad de demostrar con pruebas el por qué apartarse del precio establecido en la, o las transacciones comerciales dadas, es materialmente inexistentes” (pág. 89).

En la aclaración a su dictamen los expertos inmobiliarios reiteraron su criterio acerca de la razonabilidad del precio base establecido con las siguientes explicaciones:

“... el análisis de las condiciones y modalidades propias de la fijación del “precio”, entre comillas, base para las escrituras de compraventa materia de dictamen, mirado en conjunto con las condiciones de mercado para la época de su materialización, el apuro con el cual se perfeccionaron los contratos y las exigencias que por lucro cesante y costos presionaron las ventas y sus plazos, todo, adicionado al análisis del comportamiento de los valores urbanos acogidos por la lonja, lleva a la conclusión de que tal precio base adoptado parece justo; y también a advertir que el precio real y efectivo de venta es hoy totalmente desconocido”.

En relación con el ajuste del precio base mediante la aplicación de la variación del índice de precios al consumidor, IPC, la convocante arguye que se le causó daño con este método de actualización por el hecho de que en años anteriores se pactaron ajustes más elevados, hasta llegar al establecido en la venta realizada a Ospina y Cía. en 1996, en la cual se estipuló una corrección del IPC más diez puntos. Con todo, las condiciones pactadas en períodos anteriores no podían exigirse en 1997 en razón del cambio drástico de circunstancias, tal como lo explicaron los peritos inmobiliarios en su dictamen pericial, al decir: “las ventas efectuadas antes de mayo de 1997 obedecieron a una metodología adecuada para la época en que tuvieron ocurrencia, en la cual el mercado inmobiliario era preponderantemente de demanda.

“En cambio, las treinta y dos ventas pactadas entre el 5 de mayo y el 5 de junio de 1997 lo fueron en medio de una crisis suficientemente comentada. En tal virtud, las circunstancias en que tuvieron lugar los negocios efectuados en una y otra época no son comparables y, por lo tanto, los sistemas de venta no resultan compatibles” (pág. 89).

De otra parte, si bien los peritos señalan que por lo general en el país la valorización de la tierra ha crecido más rápidamente que la inflación, tal como ocurrió entre 1987 y 1995, también admiten que desde este último año dicha “tendencia dio un vuelco total y los valores de la propiedad inmueble más tarde se han mantenido estables en pesos corrientes, lo que nos indica en la práctica la marcada desvalorización real” (pág. 39).

Dada esta tendencia el tribunal entiende que a mediados de 1997 no era posible exigir un ajuste de precios que superara la variación del índice de precios al consumidor, IPC, cuando el valor de la tierra ni siquiera venía recuperando la inflación, de manera que pactar un incremento con base en esta última ya podía resultar muy oneroso para el comprador, pues podía ocurrir, como en efecto pasó, que en razón de ese mecanismo de ajuste el precio de los lotes se colocara por encima del valor de mercado. Esto sería lo que sucedería, como lo anotan los peritos, si actualmente alguno de los treinta y dos compradores optara por pagar su predio con el precio base ajustado con el IPC, en cuyo caso la beneficencia recibiría un mayor valor que el imperante en el mercado.

Y esta situación parece que se mantendrá en el futuro próximo, de suerte que es muy difícil vislumbrar la causación de un daño para la beneficencia en virtud de un ajuste insuficiente del precio base, en comparación con la valorización que podría tener la tierra en los años venideros. Así lo advirtieron los peritos inmobiliarios, al explicar: “Estimamos improbable que la desvalorización real acumulada de los inmuebles frente al IPC de los últimos años pueda recuperarse antes del año 2005 y, por consiguiente, que el precio por metro cuadrado de tierra supere el precio base establecido en las escrituras para las diversas operaciones cuestionadas en el proceso” (aclaración al dictamen pericial, pág. 47).

Y esta misma conclusión la reiteran más adelante en los siguientes términos:

“Por las mismas razones anteriores, tampoco es posible asegurar con certeza que, para el año 2012, los precios base pactados en las escrituras, ajustados por el IPC, más los gastos de mantenimiento y el impuesto predial, vayan a estar por debajo del valor comercial por metro cuadrado, vigente entonces. Si los adquirentes hicieren hoy uso de su derecho de pagar el precio acordado, ajustado por el IPC, no ocasionarían perjuicio alguno, más una utilidad significativa a favor de la beneficencia”.

No sobra traer a colación sobre esta materia los comentarios formulados por los peritos expertos en banca de inversión, quienes hicieron el ejercicio de comparar los precios pactados en las treinta y dos operaciones, ajustados con el IPC, frente a los datos que arroja el estudio de la lonja de propiedad raíz, antes mencionado, sobre el valor del suelo en Bogotá, datos que fueron proyectados con la tendencia de la desvalorización que muestra el mercado, llegándose a la conclusión de que los precios estipulados son superiores a los proyectados con base en el estudio.

De todo lo anterior se deduce claramente que no logró demostrarse ningún demérito patrimonial para la beneficencia por el hecho de haberse pactado un precio base, en el nivel que se estableció, ajustado con el IPC. Por el contrario, se demostró que si ese precio ajustado fuera el que ahora recibiera la beneficencia, esta obtendría un beneficio significativo, pues dicho precio excede el comercial, es decir, el imperante en el mercado. No pudo acreditarse, tampoco, que en los próximos 5 o 10 años habrá de cambiar la tendencia actual de desvalorización y que la plusvalía que entre tanto gane la tierra superara el índice de inflación acumulado en estos años, de manera que no puede hablarse de un perjuicio futuro y cierto.

Ahora bien, no debe perderse de vista que el precio base ajustado puede pagarse antes de iniciarse el desarrollo del proyecto, o después de su construcción, siempre que sea pagado antes de dar comienzo a las ventas, pero en todo caso a elección del comprador del predio, quien tiene la posibilidad de escoger entre pagar dicho precio, en las hipótesis señaladas, o pagar el 18% del valor de enajenación de las unidades resultantes.

Esto significa que para la concreción de un daño patrimonial derivado del pago del precio base ajustado se requieren dos condiciones: que el comprador del lote opte por pagar dicho precio y que este resulte ser inferior al valor comercial que tendría el predio en ese momento. Ninguna de las dos condiciones obviamente se ha cumplido hasta ahora y tratándose de hechos futuros e inciertos no se tiene ninguna seguridad acerca de su acaecimiento. Luego estamos frente de perjuicios meramente hipotéticos o eventuales cuya reparación no es procedente, toda vez que nuestro sistema jurídico exige que el fallador tenga certeza del daño para que pueda ordenar su reparación.

5.6.3. La pérdida de la posibilidad de usar lucrativamente los predios. Otro perjuicio económico alegado por la beneficencia consiste en la imposibilidad de emplear los lotes en actividades generadoras de recursos, por cuanto esos predios fueron entregados materialmente a los adquirentes, de manera que sin que la beneficencia recibiera ningún pago inicial, fue privada de la posesión y de la tenencia de esos bienes, impidiéndole obtener los recursos que estos habrían podido producir antes de la iniciación de los proyectos inmobiliarios a que están destinados. En este mismo sentido afirma la convocante que en dos de los lotes se autorizó su utilización provisional para la instalación de una estación de servicios de la Texaco y para el funcionamiento de parqueaderos, quejándose de que ella no percibe ninguna participación en los cánones que producen estos predios y que pagan los terceros a quienes se les arrendaron.

Respecto del uso temporal de los lotes el contrato de fiducia establece que para este efecto se requiere de la autorización de la fiduciaria (cláusula segunda, par. 5º), idea que posteriormente se repite señalando que el fideicomitente podrá hasta el día en que debe iniciar el proyecto explotar económicamente el lote, previa autorización de la fiduciaria (cláusula tercera, par. 1º). Los cánones recibidos por el arrendamiento de los lotes entran al patrimonio autónomo y deben ser destinados al propósito perseguido por el mismo, según se desprende de lo estipulado en la cláusula decimaprimerá del contrato, según la cual “... los rendimientos, mejoras, o valorizaciones que generen los bienes, cuando ellos se produzcan, ingresarán al fideicomiso y se destinarán para el cumplimiento de su fin”.

Si bien la beneficencia se desprendió de la posesión y tenencia de sus predios, y perdió así la posibilidad de percibir sus frutos civiles en el período anterior a la iniciación de los proyectos inmobiliarios, no es menos cierto que por ello recibe una contraprestación, pues en ese período es el adquirente quien asume las expensas vinculadas con la conservación y custodia de los inmuebles, debiendo cubrir además el impuesto predial que, para un lapso de varios años, es una erogación apreciable, la que de otra manera tendría que ser pagada por la beneficencia, con la consecuente afectación de su liquidez.

En cuanto a los demás lotes que no han sido destinados a una actividad lucrativa temporal, el tribunal considera que para la concreción del daño que plantea la parte actora habría sido menester acudir a la demostración del demérito económico sufrido a través de la demostración de la llamada “pérdida de una oportunidad” (o “*perte d’une chance*”), noción desarrollada por el “derecho de daños” y acogida por nuestra jurisprudencia.

No obstante que los lotes durante la vigencia de la fiducia no fueron destinados a actividades que generaran rendimientos económicos, mediante este mecanismo de la “pérdida de una oportunidad” se ha debido acreditar —con apoyo en el cálculo de probabilidades— cuáles eran las posibilidades de que los predios fueran destinados a una actividad lucrativa o produjeran cánones de arrendamiento u otros rendimientos y cuales podrían haber sido los ingresos que se habrían podido obtener, para así determinar el carácter más o menos cierto de este perjuicio y el monto de lo dejado de percibir por la beneficencia.

Durante mucho tiempo no se consideró que la “pérdida de una oportunidad” fuera un daño cierto y por tanto reparable, pues se estimaba que se trataba de una mera eventualidad. Con todo hoy en día es admitido unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia. A este respecto se señala que entre el daño futuro cierto, que es resarcible, y el daño hipotético o eventual, que no se repara, se encuentra la “pérdida de una oportunidad”, que da lugar a un perjuicio cierto, en la medida en que la oportunidad existiera realmente, es decir, si era en verdad probable que tuviera lugar el hecho benéfico que se frustró (utilización lucrativa de los lotes). La indemnización en este caso no corresponde a la totalidad de la ganancia esperada, sino a una parte de ella que determinará el juez, pues la realización del beneficio es aleatoria ⁽³⁷⁾.

Cuando la oportunidad existe y se pierde en razón del incumplimiento o la culpa del deudor, se produce en este caso un daño cierto y no hipotético, dependiendo su cuantía de las probabilidades de que ocurriera el hecho benéfico ⁽³⁸⁾. Por tanto, el juez debe tener la certeza que si el hecho que se imputa al deudor (entrega de los lotes a los compradores), no hubiera tenido lugar, el hecho benéfico (utilización lucrativa de los lotes) habría ocurrido. En otras palabras, debe tenerse la certeza de que antes del acaecimiento del hecho imputable existía la probabilidad de que el hecho benéfico ocurriera. Pero la oportunidad pérdida debe ser seria y real, pues de otra manera desaparece la certeza del daño, que es una de sus características esenciales ⁽³⁹⁾.

La doctrina y la jurisprudencia nacionales siguen también esta tendencia, admitiendo que en la “pérdida de una oportunidad” se presenta un daño cierto, y que su cuantificación depende de las probabilidades de conseguir el beneficio que tenía la persona que se ha visto privada de su oportunidad ⁽⁴⁰⁾ .

La Corte por su parte ha precisado que “... hay lugar a resarcimiento aún por la pérdida de una probabilidad, cuando esta es cierta, entendiendo por cierta la que conforme a las circunstancias del caso concreto presenta un mínimo de posibilidades de frustración. Es suficiente que de las condiciones particulares del hecho y del curso normal de las cosas resulte la probabilidad objetiva de obtener un provecho, para que su frustración sea motivo de resarcimiento ...” ⁽⁴¹⁾ .

Así las cosas, la beneficencia ha debido demostrar qué tan factible era en la realidad destinar los lotes a una actividad rentable y cuáles habrían sido sus posibles rendimientos. No lo hizo así, de suerte que el perjuicio planteado no pasa de ser una mera hipótesis, que no se pudo concretar, pues está lejos de dar certeza sobre su ocurrencia y tampoco fue cuantificado.

5.6.4. Otros perjuicios. Lo mismo debe decirse de otros perjuicios que tan solo fueron esbozados por la convocante pero que no lograron materialidad ni medición palpable. El tribunal se refiere aquí a las afirmaciones de la beneficencia en el sentido de que la venta a largo plazo de los lotes y/o la transferencia inmediata a los adquirentes de la tenencia y posesión de los mismos le impidieron cumplir con otros propósitos que a su juicio le habrían resultado más convenientes económicamente, tales como constituir garantías reales sobre ellos para conseguir financiación en el mercado, o, en una hipótesis contraria, para entregarlos en dación en pago a fin de reducir su endeudamiento y con él los costos financieros de la entidad.

Tampoco se demostraron ni cuantificaron las repercusiones económicas adversas que habría experimentado o que en el futuro experimentaría la beneficencia por los plazos concedidos para la iniciación y para la culminación de los proyectos inmobiliarios, ni por la sobreoferta de unidades resultantes que podría generarse cuando salgan al mercado, simultáneamente, diversos proyectos, fruto de la venta en bloque de los treinta y dos predios y de plazos similares de desarrollo para muchos de ellos, lo que podría afectar los precios de tales unidades, como lo arguyó la convocante. No obstante, el tribunal considera que la venta en bloque de los lotes también podría haber ocurrido en cualquier otra época, con el consiguiente incremento de la oferta de unidades construidas. En efecto, ello podría haber sucedido en la época de bonanza, si hubieren aparecido compradores suficientes para el saldo del inventario de tierras del patrimonio autónomo, hipótesis en la que muy seguramente se habría enajenado la totalidad de los predios.

De otra parte, la actora formuló en contra de la fiduciaria, a lo largo del proceso, numerosas imputaciones adicionales relativas al incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales que le incumbían a esta última, imputaciones que pretendían reflejar los errores de conducta profesionales en que habría incurrido la demandada. Sin embargo, esas imputaciones adicionales no tienen relación de causalidad directa con los perjuicios alegados por la beneficencia, de manera que faltando este ingrediente esencial no tienen la virtualidad ni pueden producir el efecto de configurar, en cabeza de la demandada, la responsabilidad civil que es indispensable para que nazca la obligación de resarcir perjuicios. Dentro de estas imputaciones cabe señalar las siguientes: cambio de uso de los lotes; falta de garantía para respaldar la observancia del plazo de inicio de las obras; la facultad otorgada al comprador de desistir del negocio; renuncia a la condición resolutoria; la falta de un cronograma que permitiera exigir tiempos determinados de construcción; falta de mecanismos contractuales mediante los cuales la beneficencia podría haber controlado el desarrollo de los proyectos; la ausencia de varias ofertas para enajenación de los lotes; falta de análisis de la situación económica de los compradores; no exigencia de garantías reales; ventas a no constructores; celebración de contratos en masa y paralización del sector del Salitre.

Con base en todo lo anterior el tribunal llega a la conclusión de que en este caso no se acreditó la ocurrencia de daño alguno que tenga las características legales exigidas, vale decir, que sea cierto, directo, previsible y cuantificado, rasgos estos que son indispensables para que un perjuicio sea indemnizable.

Por tanto, faltando elementos esenciales para la configuración de la responsabilidad civil contractual del fiduciario, como son la demostración de su culpa, o error de conducta profesional y el daño material o moral consecuencia de aquella, el tribunal habrá de denegar las pretensiones indemnizatorias formuladas en la reforma de la demanda

presentada por la Beneficencia de Cundinamarca.

6. Nulidad de la liquidación del contrato fiduciario

Las declaraciones de cumplimiento del contrato, su liquidación formal y el paz y salvo o finiquito otorgado por la Beneficencia de Cundinamarca a la Fiduciaria Central S.A., constan en las escrituras públicas números 3945 y 5119 del 1º de julio y del 11 de agosto de 1997, respectivamente, ambas de la Notaría Primera de Bogotá. El señor apoderado de la beneficencia impetra en pretensiones subsidiarias separadas tanto la nulidad de la liquidación (segundo grupo de subsidiarias) como la del paz y salvo (tercer grupo de subsidiarias), proponiendo una misma argumentación, de seguro en razón de la misma naturaleza de los dos actos reprochados: por una parte la falta de competencia de la síndico para concurrir a tales actos sin la autorización de la junta general de la beneficencia y por otra el dolo de la misma funcionaria en esa actuación.

El tribunal procede a despachar estos cargos al final de la motivación de su laudo, una vez analizados los diversos elementos del contrato de fiducia mercantil y su ejecución —esta esencialmente a través de posteriores contratos de venta y fiducia inmobiliaria— y estudiadas las numerosas acusaciones formuladas por la parte demandante, para que sus deducciones tengan el respaldo y sean consecuencia de sus análisis y estudios.

6.1. Falta de competencia para la liquidación

En las escrituras de liquidación y paz y salvo, y en anexos de las mismas, la fiduciaria central restituyó a la beneficencia un predio que no fue enajenado en la ejecución del contrato por estar destinado a una iglesia, numerosas áreas de cesión al distrito, áreas de protección ambiental, zonas verdes y zonas para vías públicas, y se obligó a entregarle dentro de un plazo determinado veinte mil millones de pesos, los saldos después del pago de pasivos, algunas acreencias y los muebles y enseres localizados en las dependencias físicas utilizadas durante la vigencia del contrato. En la escritura 5119 se hizo constar además el entendido de que “la fiduciaria cede al fideicomitente su posición contractual en todos aquellos contratos de venta de inmuebles que en desarrollo de la fiducia mercantil celebró la primera, sin perjuicio del procedimiento que para hacer valer dicha cesión frente a terceros realizará la fiduciaria, dando cuenta de la misma mediante comunicación dirigida a los compradores respectivos”.

Es de anotar que el recibo de las restituciones y cesiones por el síndico de la beneficencia no mereció reparo, ni por su objeto ni por la competencia del funcionario. Hay, pues, de entrada, una distinción en esta competencia —que sería indivisible en cuanto orgánica y funcional— que no es propiamente demostrativa de la razón que asiste a la demandante en su pedimento.

Dejando de lado el apunte anterior, el tribunal debe reconocer, sin duda alguna y por las mismas razones que adujo al principio de esta extensa providencia, cuando analizó la competencia para la prórroga del contrato fiduciario y para su cesión, que el síndico, como representante legal y por ello jefe de la entidad contratante, la Beneficencia de Cundinamarca, tuvo plena competencia, tanto orgánica como funcional, para concurrir al acto de liquidación del contrato que se analiza, por disponerlo así expresamente el artículo 288 del Decreto 222 de 1983, estatuto vigente al tiempo de la celebración del contrato y por tanto rector de todos sus efectos conforme al artículo 78 de la Ley 80 de 1993: “Cuando a ello hubiere lugar —dice aquella norma— deberán liquidar los contratos el jefe de la entidad contratante, o quien él encargue por resolución; el contratista y en el evento en que este se negare, el interventor, o quien haga sus veces”.

Debe mencionarse que también la Ley 80 otorga competencia general para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva, y de suyo para liquidarlos, a “los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles” (art. 11).

La liquidación del contrato se cumplió apropiadamente. Una sola acta habría bastado para el efecto, inclusive suscrita por persona distinta del síndico, quien daría luego su aprobación, como se deduce de los términos del artículo 289 de mismo antiguo estatuto. En el caso que se analiza se empleó el modo más solemne de la escritura pública —la mejor acta— que por supuesto no amerita reproche alguno.

En ejercicio de su competencia el síndico de la beneficencia recibió los bienes que se le transferían en restitución

por parte de la fiduciaria, la que daba así cumplimiento a lo ordenado para ella, como deber indelegable, en el numeral 7º del artículo 1234 del Código de Comercio con estos términos: “Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo; los siguientes: ... 7). Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario”.

Con la liquidación se cumplió además la obligación de rendir cuentas, prevista en el contrato de fiducia (cláusula séptima, 8), en los artículos 1234 y 1242 del Código de Comercio y en los artículos 287 y siguientes del Decreto 222 de 1983.

No prospera, entonces, por el aspecto de la competencia del funcionario, la pretensión de declarar la nulidad de la liquidación del contrato de fiducia, acto contenido en las escrituras públicas 3945 y 5119 de 1997 de la Notaría Primera, ya mencionada.

6.2. Dolo en la liquidación

El dolo en la actuación administrativa de carácter contractual, por expresa remisión a la legislación civil y comercial de los artículos 79 del Decreto 222 de 1983, y 44 y 46 de la Ley 80 de 1998 —estatuto aplicable por tratarse de una acción de nulidad— genera nulidad relativa en cuanto constituye un vicio del consentimiento o la voluntad para la respectiva actuación.

Tratándose de contratos de fiducia mercantil, como el que se analiza, la prescripción no es la ordinaria de dos o cuatro años, según los casos, sino la de cinco años contemplada en el artículo 1235, ordinal 2º, del Código de Comercio, norma preferente por su carácter especial.

Estaría, pues, formulada en tiempo la solicitud de anulación del acto liquidatorio cumplido mediante las escrituras de fecha 1º de julio y 11 de agosto de 1997. Sin embargo la convocante no desarrolló su petición, ni presentó pruebas —la carga probatoria del dolo corría de su cargo— ni se detuvo a mencionar un rasgo concreto, o una motivación personal, del hipotético vicio. Antes por el contrario, prefirió centrar el ataque en la falta de competencia, como puede leerse en la página 292 de su alegato de conclusión.

En estas circunstancias no puede el tribunal, tampoco por este aspecto del dolo, abandonado tan pronto como fue anunciado, acceder a la solicitud de declarar la nulidad de la liquidación del contrato fiduciario.

7. Nulidad del paz y salvo

Como pretensión del tercer grupo de subsidiarias el apoderado de la Beneficencia de Cundinamarca solicita la nulidad del paz y salvo otorgado por el síndico de la misma al tiempo de la liquidación del contrato de fiducia mercantil, objeto del proceso.

El finiquito o paz y salvo es la manifestación de acuerdo con la liquidación efectuada, o, en las palabras del Diccionario de la Lengua Española, la “certificación que se da para que conste estar ajustadas (las cuentas) y satisfecho el alcance que resulta de ellas”. El paz y salvo es la concordancia con las cuentas; proviene de estas y sirve para acreditar la satisfacción de las partes con las resultas del negocio. Si bien refleja la situación propia del cumplimiento, quien lo da no pierde el derecho de solicitar la rectificación de los errores, omisiones u otros vicios que pueda tener la liquidación.

Debe entonces considerarse el asunto planteado, tanto desde el punto de vista de la validez del referido paz y salvo, como desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

No hay previsión especial en la legislación vigente en relación con la competencia para otorgar finiquitos o paz y salvos en contratos administrativos, ni la hubo en la época de la celebración del contrato en 1987, lo que lleva a concluir que quien tiene la competencia para liquidar el contrato tiene, de suyo, la competencia para otorgar el paz y salvo. Así puede deducirse, además, del texto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, cuando a vuelta de indicar que en la etapa de liquidación del contrato las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, prevé que “en él acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y las transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”.

En armonía, entonces, con lo expuesto en el acápite anterior, el tribunal debe concluir que el síndico de la beneficencia actuó competentemente al otorgar las mencionadas escrituras públicas 3945 y 5119 del 1° de julio y del 11 de agosto de 1997, respectivamente, ambas de la Notaría Primera de Bogotá, también en lo que se refiere a las declaraciones de paz y salvo o finiquito en ellas contenidas.

Por lo que hace al cargo de haber incurrido el representante legal de la beneficencia en conducta dolosa en la actuación que se analiza, por las mismas razones expuestas atrás el tribunal se abstiene de declarar nulidad alguna proveniente de este improbadado vicio consensual.

Y en cuarto al cumplimiento de las obligaciones, hecho el prolongado análisis que ahora concluye, y estudiadas una a una las imputaciones formuladas contra la actuación de la demandada sin encontrar perjuicio, el tribunal estima que, en su aspecto material u objetivo, tanto la liquidación del contrato como el paz y salvo fueron debida y legalmente cumplidos y otorgados en la forma como describen las escrituras públicas 3945 y 5119, varias veces mencionadas.

8. Consideraciones del tribunal en relación con las excepciones de fondo planteadas por el banco y la fiduciaria

Sobre este asunto, el tribunal toma en consideración los siguientes comentarios de la doctrina:

“Como se examinan las excepciones

Salvo las del proceso ejecutivo, las excepciones se deciden en la sentencia final. Si el demandado las ha propuesto, el juez debe examinarlas en la parte motiva y decidir sobre ellas en la parte resolutive, siempre que encuentre acreditados los requisitos de la pretensión, pues en caso contrario absuelve al demandado por la ausencia de cualquiera de ellos ... Sobre estos puntos dice la Corte: “El estudio y decisión de las excepciones no son pertinentes, por regla general, cuando se niegan las peticiones de la demanda negativa que muchas veces proviene de la ineficacia de la acción (pretensión) (XLVII, 616)” ⁽⁴²⁾ .

Así las cosas, siendo claro que no habrá de prosperar ninguna de las pretensiones de la beneficencia enderezadas a que se le deduzca responsabilidad civil al banco y a la fiduciaria, el tribunal entiende que no es necesario entrar a analizar las excepciones de mérito planteadas por las demandadas, salvo las de prescripción o caducidad de la acción de nulidad, las cuales por razones de método han sido despachadas.

9. Costas y agencias en derecho

En cuanto a las costas y gastos procesales el tribunal pone de presente lo establecido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el art. 55 de la L. 446/98) según el cual “En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”.

La codificación referenciada, esto es, el Código de Procedimiento Civil, sobre el particular dispone en el numeral 1° de su artículo 392 que “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso ...” aclarando en su numeral 5° que “En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.

El Consejo de Estado, sobre la interpretación del artículo 55 de la Ley 446 de 1998 transcrita, ha señalado:

“La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, que el régimen anterior no permitía ... y b) exige una valoración subjetiva para su condena ...” de manera que “no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso” ⁽⁴³⁾ .

El tribunal ha tomado en cuenta para no condenar en costas las especiales circunstancias de complejidad de este proceso entre dos entidades de derecho público, una del orden departamental cuyo objetivo es la asistencia a los desvalidos, y otra del orden nacional, perteneciente al sector financiero, el haber desplegado ambas partes sus mejores esfuerzos para el esclarecimiento de los hechos y observado una conducta leal y diligente en su actuación.

III. Decisión

En virtud de todo lo expuesto, el tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declárase no probada la excepción de prescripción o caducidad de la acción de nulidad propuestas por el Banco Central Hipotecario y la Fiduciaria Central S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. Deniérgase la nulidad de la prórroga del término de vigencia del contrato de fiducia mercantil celebrado entre el gerente de la Beneficencia de Cundinamarca y el Banco Central Hipotecario, contenida en la escritura pública 4512 del 15 de julio de 1991 de la Notaría Primera del Círculo de Santafé 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.
3. Como consecuencia de lo resuelto en el punto segundo de este fallo, deniérganse las pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta, séptima, octava y novena de las pretensiones principales de la demanda.
4. Deniérgase la liquidación del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la Beneficencia de Cundinamarca y el Banco Central Hipotecario, mediante la escritura pública 2215 del 5 de junio de 1987 de la Notaría Veintiuno de Santafé de Bogotá, aclarada y modificada por las escrituras públicas 8115 del 14 de diciembre de 1989, 4512 del 15 de julio de 1991 y 8668 del 30 de octubre de 1992, estas últimas de la notaría primera de esta ciudad, pedida en la pretensión sexta de las pretensiones principales de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
5. Deniérgase la condena al pago de perjuicios en contra del Banco Central Hipotecario y la Fiduciaria Central S.A., o a cualquiera de ellos separadamente, solicitada en la pretensión décima de las pretensiones principales de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
6. Niégase la condena en costas en contra de las convocadas, solicitada en la pretensión decimaprimeras de las pretensiones principales de la demanda, teniendo en cuenta que no prosperaron las pretensiones.
7. Deniérgase la nulidad de la cesión del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública 2215 del 5 de junio de 1987 de la notaría primera de esta ciudad del Banco Central Hipotecario a la Fiduciaria Central S.A., por medio de la escritura pública 8668 del 30 de octubre de 1992 de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá, solicitada en la pretensión primera del primer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
8. Deniérgase la declaración como pretensión subsidiaria a la anterior, que hecha la cesión por el Banco Central Hipotecario a la Fiduciaria Central S.A., según la escritura pública 8668 del 30 de octubre de 1992 de la notaría primera de esta ciudad, el banco continuó siendo responsable frente a la Beneficencia de Cundinamarca en los mismos términos establecidos en el contrato de fiducia mercantil celebrado por escritura pública 2215 del 5 de junio de 1987 de la Notaría Veintiuno de Santafé de Bogotá, solicitada en el primer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
9. Deniérgase la nulidad de la prórroga del término de vigencia del contrato de fiducia mercantil celebrada entre el gerente de la Beneficencia de Cundinamarca y el Banco Central Hipotecario, por medio de la escritura pública 4512 del 15 de julio de 1991 de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá, solicitada en la pretensión segunda del primer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
10. Como consecuencia de lo resuelto en el punto noveno de este fallo, deniérganse las pretensiones tercera, cuarta, quinta, sexta, octava, novena y décima del primer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

11. Deniégase la liquidación del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la Beneficencia de Cundinamarca y el Banco Central Hipotecario, mediante escritura pública 2215 del 5 de junio de 1987 de la Notaría Veintiuno de Santafé de Bogotá, aclarada y modificada por las escrituras públicas 8115 del 14 de diciembre de 1989, 4512 del 15 de julio de 1991 y 8668 del 30 de octubre de 1992, estas últimas de la notaría primera de esta ciudad, solicitada en la pretensión séptima del primer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
12. Deniégase la condena al pago de perjuicios en contra del Banco Central Hipotecario y la Fiduciaria Central S.A., o a cualquiera de ellos separadamente, solicitada en la pretensión decimoprimera del primer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
13. Niégase la condena en costas en contra de las convocadas, solicitada en la pretensión décimasegunda del primer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, teniendo en cuenta que no prosperaron las pretensiones.
14. Deniégase la nulidad de la liquidación del contrato de fiducia mercantil suscrito por el gerente de la Beneficencia de Cundinamarca y la Fiduciaria Central S.A., por medio de las escrituras públicas 3945 del 1º de julio de 1997 y 5119 del 11 de agosto de 1997, ambas de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá, solicitada en la pretensión primera del segundo grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
15. No se declara que el Banco Central Hipotecario y la Fiduciaria Central S.A., o cualquiera de ellos por separado, incumplieron sus obligaciones contractuales, se extralimitaron en sus funciones o causaron daño antijurídico a la Beneficencia de Cundinamarca, por la enajenación de los treinta y dos lotes en las condiciones y según las escrituras descritas en la demanda, solicitada en la pretensión segunda del segundo grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
16. Como consecuencia de lo resuelto en el punto decimoquinto de este fallo, deniéganse las pretensiones tercera y cuarta del segundo grupo de las pretensiones subsidiarias de la demanda.
17. Deniégase la declaración que el Banco Central Hipotecario y la, Fiduciaria Central S.A., o cualquiera de ellos por separado, deben reintegrarle a la Beneficencia de Cundinamarca el valor de las comisiones pagadas por la administración del patrimonio autónomo, por la posterior venta de este y por las comisiones reconocidas o pagadas como consecuencia de los treinta y dos contratos de fiducia mercantil suscritos con los compradores de los lotes que eran de propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca, solicitada en la pretensión quinta del segundo grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
18. Deniégase la liquidación del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la Beneficencia de Cundinamarca y el Banco Central Hipotecario, mediante escritura pública 2215 del 5 de junio de 1987 de la Notaría Veintiuno de Santafé de Bogotá, aclarada y modificada por las escrituras públicas 8115 del 14 de diciembre de 1989, 4512 del 15 de julio de 1991 y 8668 del 30 de octubre de 1992, estas últimas de la Notaría Primera de esta ciudad, solicitada en la pretensión sexta del segundo grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
19. Niégase la condena en costas en contra de las convocadas, solicitada en la pretensión séptima del segundo grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, teniendo en cuenta que no prosperaron las pretensiones.
20. Deniégase la nulidad del paz y salvo otorgado por la Beneficencia de Cundinamarca a la Fiduciaria Central S.A., en la liquidación del contrato de fiducia mercantil, según las escrituras públicas 3945 del 1º de julio de 1997 y 5119 del 11 de agosto de 1997, ambas de la Notaría Primera de Santafé de Bogotá, solicitada en la pretensión primera del tercer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
21. No se declara que el Banco Central Hipotecario y la Fiduciaria Central S.A., o cualquiera de ellos por separado, incumplieron sus obligaciones contractuales, se extralimitaron en sus funciones o causaron daño antijurídico a la Beneficencia de Cundinamarca por la enajenación de los treinta y dos lotes en las condiciones y según las escrituras descritas en la demanda, solicitada en la pretensión segunda del tercer grupo de pretensiones

subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

22. Como consecuencia de lo resuelto en el punto vigesimoprimerero de este fallo, deniéganse las pretensiones tercera y cuarta del tercer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda.

23. Deniégase la declaración que el Banco Central Hipotecario y la Fiduciaria Central S.A., o cualquiera de ellos por separado, deben reintegrarle a la Beneficencia de Cundinamarca el valor de las comisiones pagadas por la administración del patrimonio autónomo, por la posterior venta de este y por las comisiones reconocidas o pagadas como consecuencia de los treinta y dos contratos de fiducia mercantil suscritos en los compradores de los lotes que eran de propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca, solicitada en la pretensión quinta del tercer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

24. Niégase la condena en costas en contra de las convocadas, solicitada en la pretensión sexta del tercer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda, teniendo en cuenta que no prosperaron las pretensiones.

25. Deniéganse todas las demás pretensiones de la demanda de la Beneficencia de Cundinamarca contra el Banco Central Hipotecario y la Fiduciaria Central S.A.

26. Atendiendo las consideraciones de la parte motiva de esta providencia, el tribunal no se pronuncia sobre las excepciones de fondo interpuestas por el Banco Central Hipotecario y la Fiduciaria Central S.A.

27. Por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, no se hace condena en costas.

28. Por secretaría, envíese copia de esta providencia, a la Procuraduría General de la Nación.

29. Por secretaría hágase entrega a los apoderados de las partes de copias auténticas del presente laudo.

30. Protocolícese el expediente en una de las Notarías del Círculo de Santafé de Bogotá.

Notifíquese.
