

LAUDO

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

INGENIERIA FINANCIERA S.A. INGEFIN S.A.

VS

FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES

INGENIERIA FINANCIERA S.A. INGEFIN S.A. convocó a Tribunal de Arbitramento a FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES, para que previos los trámites de ley, se declare que ésta incumplió el contrato de FIDUCIA MERCATIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACION Y FUENTE DE PAGO celebrado el 05 de octubre de 1.999 entre la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LTDA. y FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES.

1. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA

1.1. Ingefin S. A. sostiene, que como consecuencia de la realización de operaciones de crédito efectuadas con el Fideicomiso número FA-097 Inversiones Químicas, la sociedad fiduciaria Fes S.A. Fidufes, en su calidad de fiduciaria y administradora del Fideicomiso o patrimonio autónomo, es responsable contractualmente por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago celebrado entre Fidufes e Inversiones Químicas Ltda.

1.2 Manifiesta que, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, Fidufes debe pagar el daño emergente que se concreta según la demanda, en las sumas de dinero que Inversiones Químicas Ltda., entregó a título de mutuo al Fideicomiso FA 097 Inversiones Químicas Ltda., por valor de cuatrocientos cincuenta y ocho millones dos mil cuatrocientos noventa y ocho pesos (\$ 458.002.498) M/cte., discriminados en dos partidas; una por trescientos treinta y nueve millones setenta y dos mil seiscientos tres pesos

(\$ 339.072.603) M/cte. y otra, por ciento dieciocho millones novecientos veintinueve mil ochocientos noventa y cinco pesos (\$ 118.929.895) M/cte.

Solicita consecuentemente también, se condene a Fidufes a pagar a título de Lucro Cesante a la Sociedad Ingefin S.A., los intereses comerciales de mora sobre el capital adeudado a la equivalencia de una y media veces con base en el interés bancario corriente.

1.3. Igualmente solicita el pago de los costos del proceso arbitral, incluyendo las agencias en derecho.

1.4. Para sustentar esas pretensiones sostiene que entre Inversiones Químicas Ltda. y Fidufes, se celebró un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago el día, 5 de octubre de 1.999.

1.5. Precisa que coetáneamente con el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, se suscribió también entre Inversiones Químicas Ltda. y Fidufes, un contrato de maquila y comercialización en donde el fideicomiso era el propietario e Inversiones Químicas Ltda., era el fabricante

1.6. El contrato de maquila buscaba que el fabricante vendiera sus productos y con los recursos provenientes de la venta, alimentara el patrimonio autónomo. Por las labores de fabricación, el patrimonio autónomo reconocía unas sumas al fabricante y la diferencia continuaba en poder de ese patrimonio.

1.7. Como resultado del contrato de maquila y comercialización, Inversiones Químicas Ltda., generaba facturas de cobro a cargo del patrimonio por los servicios proveídos y, a su turno, Fidufes como administradora de ese patrimonio, producía autorizaciones de desembolso a favor de Inversiones Químicas Ltda.

1.8. El apoderado de Ingefin S. A., sostiene que esta sociedad realizó operaciones de crédito con el patrimonio autónomo por las sumas señaladas en el punto 1.2 de estos antecedentes y que, como resultado de esas operaciones de crédito, Inversiones Químicas Ltda., le endosó facturas emitidas a favor de Inversiones Químicas Ltda. y a cargo del fideicomiso y además, le endosó con el mismo propósito, "autorizaciones de desembolso" por valor de \$ 118.929.895, también emitidas por Fidufes con cargo al patrimonio autónomo que administraba.

1.9. Alega la demandante o convocante del arbitramento, que por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por la fiduciaria, el patrimonio

autónomo se quedó sin recursos para pagar las facturas que habían sido endosadas a ella por Inversiones Químicas Ltda. y para cumplir con las obligaciones derivadas de las autorizaciones de desembolso que había recibido Ingefin S. A. de Inversiones Químicas Ltda.

Por su parte, el apoderado de la sociedad convocada o demandada, Fidufes al responder la demanda, básicamente niega que Ingefin S. A. tenga la condición de “beneficiario”, de conformidad con el contrato de fiducia mercantil y estima que las operaciones de crédito que haya podido hacer Ingefin S. A. con Inversiones Químicas Ltda., son del propio riesgo de Ingefin S. A., en las cuales no tiene ninguna responsabilidad Fidufes.

Como defensa, la sociedad convocada propone las siguientes excepciones: Falta de jurisdicción; ausencia de legitimación en la causa por activa y pasiva; ausencia de tutela jurídica para el ejercicio de la acción por la demandante; inoponibilidad y partes del contrato de fiducia; inexistencia de obligaciones a cargo de Fidufes y a favor de la demandante; inexistencia de responsabilidad; ausencia del derecho sustancial y por ende, estructuración por la demandante de un enriquecimiento sin causa a su favor; modificación del contrato por cambio del objeto con efectos novatorios; la demanda hace imputaciones de responsabilidad por obligaciones a cargo del fideicomitente; inexistencia de obligaciones de resultado a cargo de la fiduciaria; cobro indebido de perjuicios; la fiduciaria no celebró operaciones de crédito con el convocante, ni frente al mismo garantizó pagos; el convocante asumió un riesgo de crédito; inexistencia de responsabilidad de la fiduciaria por los hechos solo imputables al fideicomitente, que la demanda califica como “desfalco”; inexistencia de una causa proporcionada al beneficio que pretende la demanda y la genérica o innominada.

2. MEDIOS PROBATORIOS ESTIMADOS

Dentro del proceso se tuvieron en cuenta y se analizaron en su conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica a que se refiere el Artículo 187 del Código del C.P.C., los documentos aportados por las partes en la demanda, su contestación y exhibición; los testimonios; los interrogatorios practicados a cada una de las partes y los dictámenes periciales con sus respectivas aclaraciones y adiciones.

Surtido el proceso, se llevo a cabo la audiencia para alegatos y hoy se procede a dictar el fallo, previas las siguientes:

3. CONSIDERACIONES:

Se ha dado total cumplimiento a los trámites establecidos en la ley para esta clase de proceso; aparecen debidamente comprobados los presupuestos procesales e igualmente no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado. Por ello inicia el Tribunal su análisis recordando que el Contrato de Fiducia es un contrato comercial, gobernado por las normas del Código de Comercio y por lo tanto, la conducta de las partes durante su desarrollo debe estar en concordancia con dichas normas.

El Art. 1 del Código de Comercio establece: “Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ellos serán decididos por analogía de sus normas.” - A su vez el Art. 2 del citado Código dispone: “En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil”.

Seguidamente el Art. 3 ordena: “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.”

Posteriormente el Art. 822 nos dice: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

La prueba en el derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de procedimiento civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.” (Lo subrayado es nuestro).

De conformidad con lo anterior, los asuntos mercantiles se rigen, en primer lugar, por las normas comerciales establecidas para cada caso especial, en segundo lugar, por las normas comerciales que regulen casos análogos, en tercer lugar, por la costumbre mercantil por cuanto ésta tiene la misma fuerza normativa que la ley mercantil y finalmente, se acudirá a las normas de derecho civil, cuando la cuestión no pueda regularse con las normas anteriores.

Sobre este tema el Dr. José Ignacio Narváez G. en su libro Obligaciones y Contratos Mercantiles nos dice: “El segundo inciso del Art. 822 del Código de

Comercio dispone que *“la prueba en el derecho mercantil se regirá por las reglas especiales establecidas en el Código de procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.”*

Esta salvedad significa que las reglas del estatuto procedimental rigen en cuanto no haya disposiciones de la ley mercantil aplicables directa o analógicamente, cuya especialidad le confiere prevalencia sobre las reglas generales o comunes y determina su jerarquía en el mundo jurídico.

De manera que antes de acudir a las reglas que integran el régimen de la prueba en materia civil, hay que aplicar las que rigen la cuestión en el Código de Comercio. Y en éste predomina el principio de la libertad de prueba, paralelo al principio de la libertad de formas contractuales. Si, conforme al Art. 824, los empresarios “pueden expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco”, y sólo “cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad”, es lógico que a la libertad de formas -regla general en materia mercantil- corresponda una libertad de prueba.” (José Ignacio Narváez G, Obligaciones y Contratos Mercantiles, Editorial Temis 1.990 Pág. 189.)

Así mismo, deja claro el Tribunal que las pruebas han sido analizadas en su conjunto, buscando con ello extraer la verdad sobre los hechos alegados por las partes, basándose en la gran ventaja que ofrece el proceso arbitral cual es, la de gozar del principio de inmediación de la prueba que permite el recaudo y práctica de la misma de manera directa, para llevar al juez al pleno conocimiento de los hechos.

Con los anteriores fundamentos inicia el Tribunal el análisis de las excepciones, de la siguiente manera:

4. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES

4.1 Primera excepción. Falta de jurisdicción. Ha sustentado la parte convocada, como excepción, la falta de jurisdicción con los argumentos que debieron plantearse para impugnar el auto No. 04 de Junio 05 del 2.003, mediante el cual el Tribunal se declara competente; es en ese momento procesal que se debió manifestar su inconformidad; sin embargo procede el Tribunal al análisis, por considerar que su pronunciamiento es indispensable, no sólo porque sea la primera excepción propuesta por la parte convocada,, sino por cuanto resulta totalmente necesario determinar prima facie si el Tribunal de Arbitramento tiene

jurisdicción y competencia, el establecer si la excepción de falta de jurisdicción prospera dentro del proceso.

El dictamen pericial practicado, indica con claridad que entre Ingefin S. A. y Fidufes, como administradora del patrimonio autónomo, no se celebraron operaciones directas de crédito. Sin embargo, dentro del proceso está demostrado y así lo acepta la parte convocada, que si se realizaron operaciones de crédito entre Ingefin S. A. e Inversiones Químicas Ltda. y como consecuencia de esas operaciones de crédito, Inversiones Químicas Ltda., endosó a Ingefin S.A., facturas y autorizaciones de desembolso, expedidas a su favor y a cargo del mismo patrimonio autónomo.

En síntesis, Ingefin S. A. sí era acreedora de Inversiones Químicas Ltda. y para el pago de esas operaciones de crédito esta sociedad le endosó a aquella, facturación expedida a su favor y a cargo del fideicomiso, al igual que autorizaciones de desembolso. Estos endosos de facturas y de autorizaciones de desembolso fueron debidamente notificados a Fidufes como administradora del fideicomiso, sin que esta sociedad las rechazara o las objetara en alguna forma, habiendo procedido a su contabilización en las cuentas del fideicomiso.

En el ordinal 4 de la cláusula Primera del contrato de fiducia mercantil que aparece aportado al expediente, se establece con claridad la definición de “beneficiarios” y se expresa que ellos son las personas jurídicas y naturales con las que la sociedad Inversiones Químicas Ltda. o el fideicomiso (subrayado fuera de texto) hayan adquirido o adquieran obligaciones.

Para el análisis es pertinente el estudio del Art. 1.506 del Código Civil, según el cual:

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

De conformidad con lo anterior, en el presente caso se da una típica estipulación para otro y resulta indiscutible que Inversiones Químicas Ltda., adquirió obligaciones de crédito con Ingefin S. A. y que el fideicomiso también tiene obligaciones con esa misma sociedad. Esas obligaciones del fideicomiso son las facturas generadas por la actividad de maquila y las autorizaciones de

desembolso que el propio administrador del fideicomiso (Fidufes) emitió o aceptó. En consecuencia, según la definición clara que hace el contrato de “los beneficiarios”, Ingefin S. A. es beneficiario, tanto por haberle conferido créditos a Inversiones Químicas Ltda., como por su condición de acreedor del fideicomiso, en razón al endoso de facturas y autorizaciones de desembolso, a cargo del mismo fideicomiso.

El hecho de que Inversiones Químicas Ltda., para el pago de los créditos que había adquirido con Ingefin S. A., entregara facturas y autorizaciones de desembolso con cargo al fideicomiso, que posteriormente resultaron impagados a Ingefin S. A. por falta de recursos en el mismo, no desvirtúa en absoluto la condición de que Ingefin S. A., era originalmente, acreedor de Inversiones Químicas Ltda. y posteriormente, acreedor del fideicomiso.

De otra parte, está demostrado y así lo entiende el Tribunal, en contra de lo que se ha aseverado en la demanda, que Ingefin S. A. no confirió créditos directos al fideicomiso en donde interviniera la Fiduciaria. No obstante lo anterior, para ser beneficiario, según el contrato, bastaba simplemente o conferirle créditos a Inversiones Químicas Ltda. o que el fideicomiso adquiriera cualquier tipo de obligación. Es también indiscutible que constituyen unas obligaciones a cargo del fideicomiso (patrimonio autónomo), las facturas aceptadas y las autorizaciones de desembolso producidas por su propio administrador. Siendo Ingefin S. A. endosatario de esos documentos, el patrimonio tiene obligaciones de crédito adquiridas con esa sociedad y en consecuencia, lo convierte en beneficiario, no sólo por lo estipulado en el contrato de fiducia, sino en virtud de lo establecido en el citado Artículo 1506 del C.C. En tal carácter, Ingefin S.A. es acreedor sin haber prestado su consentimiento en el contrato y lo es en virtud de la estipulación que hicieron las partes del mismo, al establecer que serían beneficiarios, “las personas jurídicas y naturales con las que la sociedad INVERSIONES QUIMICAS LTDA. y/o el fideicomiso hayan adquirido o adquieran obligaciones”.

Concordante con lo anteriormente expuesto, es claro a la luz del Artículo 1506 del C.C., que el beneficiario podrá demandar lo estipulado; las partes del contrato pueden revocar el beneficio pero solamente antes de la aceptación del beneficiario y la aceptación puede ser expresa o tácita. Así las cosas, si el beneficiario puede demandar lo estipulado a su favor, es porque se ha convertido en acreedor desde el momento en que se perfeccionó el contrato.

Teniendo Ingefin S. A. la calidad de “beneficiario” como se define en el contrato, es parte del mismo y, en consecuencia, no sólo lo obliga ese texto contractual

sino que tiene derecho a ejercer la jurisdicción arbitral que es la pactada en el mismo contrato.

Así las cosas la excepción de falta de jurisdicción no prospera.

4.2 Segunda excepción. Ausencia de legitimación en la causa por activa y pasiva. Se sustenta esta excepción en el argumento de que la sociedad Ingefin S. A. no es parte dentro del contrato y que además como simple acreedora de unos derechos créditos contra el patrimonio autónomo, sólo puede demandar al fideicomitente, quien asume la condición de deudor principal de tales acreencias.

Al estudiar la excepción de falta de jurisdicción y competencia, este Tribunal ha concluido que Ingefin S. A. sí es parte dentro del contrato y además, ha determinado que la verdadera condición de Ingefin S. A. era inicialmente la de acreedor de Inversiones Químicas Ltda. y posteriormente, acreedor del patrimonio autónomo y, en consecuencia, en ambas hipótesis, puede demandar al administrador de ese patrimonio.

Por la razón anterior, la excepción no prospera.

4.3 Tercera Excepción. Ausencia de Tutela Jurídica para el ejercicio de la acción de la demandante. Esta excepción se basa, en síntesis, en sostener que la persona que tenía la única responsabilidad del cobro de las facturas que alimentaban posteriormente el patrimonio autónomo, era el propio fideicomitente y que la fiduciaria no tenía ninguna responsabilidad u obligación de vigilancia de que esos recursos llegaran efectivamente a alimentar dicho patrimonio.

El contrato de Fiducia es por excelencia un encargo de confianza que se desarrolla teniendo en cuenta el carácter profesional, la capacidad y el conocimiento del agente o fiduciario, quien se convierte en el eje central del desarrollo del negocio.

La posición del Tribunal a este respecto es que en el contrato de fiducia mercantil la obligación del fiduciario, si bien es de medio y no de resultado, el fiduciario debe desplegar todas las actividades de un buen padre de familia para que el patrimonio autónomo que está bajo su cuidado no sea afectado por las conductas de terceros o aún, del propio fideicomitente. El fiduciario, como se ha venido señalando, tiene la obligación indelegable de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de los fines del contrato fiduciario. En tal sentido, su actitud no puede ser pasiva frente al desarrollo del objeto de dicho contrato.

Considera el Tribunal que el carácter imperativo del Artículo 1234 del Código de Comercio, no puede ser desconocido por las partes del contrato al regular sus intereses en los negocios fiduciarios y sostiene, que es violatorio delegar en terceros y más aún, en el propio fideicomitente (Inversiones Químicas Ltda.), la ejecución de los actos necesarios para el cumplimiento de la finalidad del contrato.

En lo que respecta al tema de la prueba, el ordenamiento civil colombiano, en su artículo 1604 establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”. Por su parte, según el Art. 1.243 del Código de Comercio, “El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.”

En consecuencia, la carga de la prueba para demostrar que si se actuó con la diligencia y el cuidado de un buen padre de familia es de la parte convocada. Esa parte no se libera de su responsabilidad, simplemente afirmando que los riesgos de la venta de los productos, de la rotación de la cartera y la recuperación de la misma, los flujos de caja, los aportes, eran a cargo del fideicomitente y que los incumplimientos de ese fideicomitente no afectaron su responsabilidad frente a los beneficiarios. La fiduciaria, a juicio del Tribunal, no ha demostrado plenamente una conducta de la diligencia y cuidado que emplearía un buen padre de familia en la administración y custodia del patrimonio encomendado. Por el contrario, conductas tales como, producir documentos representativos de obligaciones del fideicomiso o aceptar facturas o por lo menos su no rechazo, y la emisión de notas de desembolso, sin que hubiera efectivamente recursos reales para pagar, resultan irresponsables o por lo menos reprochables. Lo que se traduce en una violación a los deberes del fiduciario consagrados en el Art. 1.234 del Código de Comercio.

En consecuencia no prospera esta excepción.

4.4 Cuarta Excepción. Inoponibilidad y partes del contrato de Fiducia, Quinta Excepción. Inexistencia de las obligaciones a cargo de Fiduciaria Fes y a favor de la demandante; Sexta Excepción. Inexistencia de responsabilidad; Séptima Excepción. Ausencia del derecho sustancial y por ende estructuración por la demandante de un enriquecimiento sin causa a su favor. Estas excepciones se sustentan de manera reiterativa en la falta de la condición de parte, en el contrato de fiducia mercantil de la sociedad convocante. El Tribunal ha considerado que la parte convocante si tiene la condición de beneficiaria por haber tenido en primer lugar, el carácter de acreedora de Inversiones Químicas Ltda. y posteriormente, por haber sido endosataria de

facturas y autorizaciones de desembolso derivadas de un crédito originario, lo que hace que el fideicomiso tenga obligaciones con el convocante que es el único requisito que exige el contrato para ostentar la condición de beneficiario.

Por las razones anteriores, no prosperan estas excepciones.

4.5 Octava Excepción. Modificación del contrato por cambio en el objeto con efectos novatorios. Se sostiene que entre el fideicomitente y la fiduciaria hubo novación del contrato, consistente en permitir que el Fideicomitente adquiriera las materias primas por su propia cuenta y riesgo para poder ejercer el objeto social e inmediatamente alimentar el patrimonio autónomo.

Presume el Tribunal que el argumento de la novación busca justificar el por qué, a pesar de que el contrato obliga a Fiduciaria FES S.A. a adquirir las materias primas para ser procesadas por el maquilador (fideicomitente) Inversiones Químicas Ltda., aquella finalmente no adelantó esas actividades.

Con respecto a este argumento de la novación, vale la pena precisar que la novación deben realizarla todas las partes del contrato (Se subraya) y no sólo dos. En el contrato de fiducia mercantil existen tres partes básicamente: el Fideicomitente, el Fiduciario y los beneficiarios. La única peculiaridad es que el fideicomitente también puede ser beneficiario. En este punto, es pertinente nuevamente el análisis del Artículo 1506 del C.C. que establece: “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.....” Así mismo, para se produzca el fenómeno de la novación y se extinga la obligación primitiva, se requiere además de otras condiciones, la del concurso de la voluntad de las partes. En el caso en estudio, la novación que se realizó hipotéticamente entre el fideicomitente y el fiduciario, se hizo sin contar con el asentimiento de los beneficiarios. Así las cosas no existe novación.

De otra parte, en el punto 3 de las consideraciones del contrato se expresa claramente, que los bienes que constituyan el patrimonio autónomo o fideicomiso servirán de garantía y fuente de pago de las obligaciones que llegare adquirir el fideicomitente y el fideicomiso (subrayado es nuestro).

Ratifica el objeto anterior, la cláusula primera ordinal 4 del mismo contrato, al definir como beneficiarios del fideicomiso a las personas jurídicas o naturales con

que la sociedad Inversiones Químicas Ltda. (Fideicomitente) y/o el fideicomiso hayan adquirido o adquieran cualquier obligación (subrayado es nuestro). De tal suerte que si Inversiones Químicas Ltda., como fideicomitente, adquirió obligaciones con terceros para sus necesidades de capital de trabajo con miras a poder adquirir materias primas y a efecto de poderlas transformar de conformidad con el contrato de maquila, esos terceros que confirieron créditos al fideicomitente son claramente partes del contrato. También lo es, quien por cualquier razón sea acreedor del fideicomiso, por cualquier tipo de obligación. En consecuencia, no está Ingefin S. A. por fuera de la relación contractual de fiducia mercantil que envuelve la responsabilidad de Fidufes como fiduciaria o administradora de ese patrimonio.

En consecuencia, no prospera la excepción.

4.6 Novena Excepción.- La demanda hace imputaciones de responsabilidad por obligaciones a cargo del fideicomitente. Si bien es cierto que el fideicomitente era el encargado de conseguir la materia prima, transformarla y venderla, no es menos cierto que el administrador del fideicomiso, es decir Fidufes, debió ocuparse de que al patrimonio autónomo ingresaran efectivamente los recursos provenientes de la venta de esos productos. No se trataba pues de un “convidado de piedra” sino de una entidad que con su seriedad y solidez diera garantía de estabilidad, organización, vigilancia y custodia a los financiadores de Inversiones Químicas Ltda., para permitirle a ésta el ejercicio del proceso de transformación de materias primas que era su objeto social. Además, esta última daría adecuada destinación de los recursos para lograr una efectiva recuperación de los créditos de capital de trabajo otorgados a esa empresa.

De paso también, la presencia activa y no durmiente de Fiduciaria FES buscaba e indicaba que las facturas expedidas a cargo del patrimonio que administraba, si no eran rechazadas, serían pagadas y que las autorizaciones de desembolso tenían base en recursos existentes. La delegación que hace de sus deberes la Fiduciaria es bajo su responsabilidad.

Por lo anteriormente expuesto, no prospera la excepción.

4.7 Décima Excepción. Inexistencia de obligaciones de resultado a cargo de la Fiduciaria.- Es cierto que la fiduciaria no adquiere obligaciones de resultado como consecuencia de la existencia del contrato de fiducia mercantil. Su obligación es de medios pero tiene la carga de la prueba de demostrar que no existió culpa en la administración del contrato. De la lectura del acervo probatorio

y las declaraciones de los testigos, se concluye, que la fiduciaria se limitó a adelantar una labor eminentemente pasiva de simple “tramitador” u “observador” del patrimonio y del fideicomitente, sin mayores actividades proactivas complementarias y necesarias como por ejemplo, la fundamental de la verificación de que el fideicomitente recuperara para el patrimonio autónomo y entregara efectivamente, los ingresos por facturación a terceros que realizara de sus productos. Las actividades de cuadro de ventas e ingresos al patrimonio no se hacían rigurosamente cada mes calendario y cuando apenas Fidufes se percató, por información de los propios beneficiarios, de la indebida utilización de los recursos de ventas de productos por parte del fideicomitente, en forma tardía y sólo reactiva procedió ya sin ningún efecto práctico, a interponer las denuncias de carácter legal que a ella le competían. Es que ni siquiera se ocupó de producir los certificados a los beneficiarios por “lo inoperante de su expedición” (Punto B, numeral 10 del dictamen pericial).

Aquí no se trataba ni se exigía que la fiduciaria tuviera que ir a donde todos los clientes de los productos de Inversiones Químicas Ltda., para determinar si se pagaban o no las facturas, porque evidentemente a cargo de Inversiones Químicas Ltda., era la obligación de comercialización y por ende, la recuperación de esa cartera. Lo que se reclama como una obligación de diligencia y de buen padre de familia en la administración del patrimonio, es por ejemplo, el requerimiento al propio fideicomitente de qué labores o actividades venía adelantando para recuperación de esa cartera y alimentación del patrimonio. Por no haber adelantado esa conducta proactiva frente al fideicomitente, el propio fideicomitente sacó ventaja de la ausencia de control, y aparentemente cobró algunas facturas para sí mismo. Lo que no es aparente y si es un hecho, es que no las entregó al propio patrimonio autónomo o no entregó su producto a ese patrimonio. Es necesario pues distinguir entre las labores de cobro de cartera que debía adelantar el fideicomitente, de las labores de vigilancia sobre el fideicomitente, que eran a cargo de la fiduciaria, para que efectivamente aquel cobrara esa cartera e ingresaran los recursos de la venta, al patrimonio autónomo. De este tipo de actividades indispensables para la custodia real del patrimonio, el proceso está totalmente huérfano de prueba.

Como resultado de lo anterior, la excepción no prospera.

4.8 Décima Primera excepción. Cobro Indebido de perjuicios.- Está plenamente ratificada la condición de Parte, que a juicio del Tribunal de Arbitramento tiene Ingefin S. A. en el contrato de fiducia mercantil y en

consecuencia, no prospera la excepción que está construida sobre la afirmación de que esta sociedad no es Parte dentro del contrato.

4.9 Décima Segunda Excepción.- La fiduciaria no celebró operaciones con el convocante ni frente al mismo garantizó pagos. No es, como se expresa en la excepción, que las operaciones realizadas entre Ingefin S. A. e Inversiones Químicas Ltda., eran por plena cuenta y riesgo de Ingefin S. A. Las operaciones de crédito que realizó Ingefin S. A. con Inversiones Químicas Ltda. fueron motivadas entre otras razones, aparte de la legítima de lucro, por la presencia de Fidufes como fiduciaria y por la teórica custodia, vigilancia y administración de un patrimonio autónomo que hipotéticamente se alimentaba adecuadamente, dado el profesionalismo en la gestión y control de Fiduciaria FES, que a la postre resultó para Ingefin S. A. ser una quimera.

Por lo demás, esa apariencia de seguridad y profesionalismo fue la que impulsó la asunción de un riesgo por la realización de operaciones de crédito, que posteriormente se convirtieron en el endoso de facturas y notas de pago, que resultaron totalmente espúreas porque precisamente el patrimonio que custodiaba la fiduciaria quedó sin recursos o por lo menos, éstos fueron insuficientes, dado que entre otras cosas, más no la única, la fiduciaria no controló al fideicomitente en el cumplimiento de las obligaciones que éste había adquirido, de nutrir ese patrimonio, que a la postre era la aureola de respaldo en que creían los acreedores de Inversiones Químicas Ltda.

Como resultado de lo anterior, no prospera la excepción.

4.10 Décima Tercera Excepción. El convocante asumió un riesgo de crédito. Parece a todas luces increíble que el administrador de un patrimonio autónomo acepte, sin ninguna reticencia ni alarma, facturas a cargo del patrimonio que administra y autorizaciones de desembolso a favor de un fideicomitente, sabiendo a ciencia y paciencia que el obligado a pagar dichas facturas, carece totalmente de fondos. Y lo que resulta más sorprendente es que esas facturas, sin ningún soporte patrimonial, y esas autorizaciones de desembolso se le entreguen al fideicomitente, quien abusando de la buena fe de terceros, como Ingefin S. A., logró que ésta le otorgara créditos.

Ahora bien, si lo que se pretende argumentar es que entre Ingefin S. A. e Inversiones Químicas Ltda., hubo operaciones de compra de cartera o factoring, en donde Ingefin S. A. era el comprador e Inversiones Químicas Ltda., el vendedor, de todas maneras en la operación de factoring, el adquiriente está

celebrando una operación de crédito con el deudor de la factura que le ha sido endosada, hecho que conlleva a ratificar que el patrimonio autónomo como deudor de las facturas y de las autorizaciones de desembolso, terminó siendo financiado por Ingefin S. A. y por ende, esta última sociedad adquiere la condición de beneficiaria en el contrato.

Como resultado del anterior razonamiento y motivación, no prospera la excepción.

4.11 Décima Cuarta. Inexistencia y responsabilidad de la Fiduciaria por hechos solo imputables al Fideicomitente - que la demanda califica como “Desfalco”. Lo que se endilga a la entidad fiduciaria es su falta de diligencia en controlar al fideicomitente como una obligación complementaria y necesaria en su calidad de administrador del patrimonio, máxime cuando éste se encontraba en precaria situación económica. Fidufes debió determinar si las ventas realizadas por el fideicomitente y el cobro de la facturación se hacían efectivamente en beneficio del fideicomiso. Lo que se evidencia dentro del proceso es que precisamente en razón de esa ausencia de control, considerando que como toda labor de comercialización, incluido el cobro de la respectiva cartera, era del fideicomitente, Fidufes se confió, dejó suelto y completamente libre al mismo, permitiéndole por ejemplo, que no entregara los ingresos de la facturación al fideicomiso, o que los clientes de la venta de los productos maquilados pagaran directamente al fideicomitente y no al fideicomiso el valor de dichas ventas. Si hubiere existido una administración diligente y menos pasiva, el patrimonio adecuadamente administrado por la fiduciaria, hubiera podido recibir los beneficios de la facturación a terceros dado que como se ha sostenido en la contestación de la demanda, en las facturas a terceros, de los bienes maquilados, el beneficiario era el fideicomiso y no Inversiones Químicas Ltda.

No prospera la anterior excepción.

4.12 Décima Quinta Excepción. Inexistencia de una causa proporcionada al beneficio que pretende la demanda. Como ya se expresó, la acción es de responsabilidad civil contractual, por falta de cuidado y diligencia en el cumplimiento de las obligaciones derivadas y consecuenciales del contrato de fiducia mercantil. El convocante no busca ni reclama, el pago directo de obligaciones que evidentemente eran a cargo del patrimonio autónomo. Lo que reclama es la indemnización de los perjuicios generados por la falta de cumplimiento de las obligaciones de custodia, diligencia y conservación que adquirió la fiduciaria en el contrato de fiducia mercantil de la cual el convocante es beneficiario. Las obligaciones de cuidado y custodia de la fiduciaria no se limitan a

las que aparecen listadas dentro del contrato. Ella debe adelantar todas (subrayamos) aquellas que sean necesarias o complementarias para proteger el patrimonio y en el acervo probatorio a juicio del Tribunal, no aparece prueba fehaciente de esa plena y completa diligencia y cuidado, agotando así todas las obligaciones complementarias a aquellas descritas en el contrato. El perjuicio parece concretarse en la totalidad de las sumas perdidas y no en menos.

Como resultado de lo anterior, no prospera la excepción.

5. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

Descendiendo al análisis del presente caso y situado el Tribunal dentro de una relación contractual, dado que Ingefin S. A., tiene la condición de beneficiario, nos encontramos enfrentados a una acción de responsabilidad civil contractual.

Siendo el contrato fuente de obligaciones y conocidos por todos los elementos de la responsabilidad contractual, como son el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, que dicho incumplimiento sea imputable a éste y que tal incumplimiento haya ocasionado daño al acreedor; se trata ahora de determinar, en síntesis, si la parte convocada cumplió a cabalidad con sus obligaciones como fiduciaria en el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago, celebrado con Inversiones Químicas Ltda., o si por el contrario, no lo hizo y, en consecuencia, si debe pagar los perjuicios a Ingefin S. A., por ser éste beneficiario del contrato.

Se encuentra establecido por la jurisprudencia que la violación de los deberes de administración, es un típico caso de responsabilidad directa a la luz del Art. 2341 del Código Civil. En esa clase de contratos de administración, el deudor sólo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone para ejecutar, con toda diligencia, el contrato. El contenido de la obligación de medio no es exactamente un hecho; es un esfuerzo constante, perseverante, tendiente a obtener la finalidad deseada.

El contrato en estudio, en su Cláusula Tercera establece que: *“LA FIDUCIARIA, en su calidad de administradora del fideicomiso comprará, por cuenta y riesgo de este ultimo, la materia prima requerida; para celebrar el respectivo contrato de maquila y de comercialización; así como para celebrar contrato de comodato precario, si fuere necesario y los contratos de prestación de servicios requeridos para la manufacturación y bodegaje de los productos terminados.*

Igualmente, la FIDUCIARIA podrá garantizar con los bienes que conforman el patrimonio autónomo, el pago de las obligaciones que adquiera EL

FIDEICOMITENTE y/o el fideicomiso, mediante la expedición de certificados de beneficio, de manera que cuando se presente el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones mencionadas, LA FIDUCIARIA proceda a entregar al BENEFICIARIO, los bienes que conforman este patrimonio, para que se cancele con ellos su acreencia, de acuerdo con lo establecido en la cláusula décima primera de este contrato”.

Por lo probado dentro del trámite arbitral, esta obligación no se cumplió, toda vez que la compra de materia prima fue delegada por Fidufes en el fideicomitente. Adicionalmente, la fiduciaria no expidió a los beneficiarios del fideicomiso los certificados de beneficio a que estaba obligada en los términos del contrato.

Por su parte, los numerales 2, 4, 7, 8 y 9 de la cláusula Quinta precisan:

“2. LA FIDUCIARIA, en calidad de administradora del fideicomiso que se constituye por este acto deberá comprar la materia prima y los insumos requeridos para el desarrollo del proceso de transformación que estará a cargo del FIDEICOMITENTE.”

“4. Para el desarrollo del proceso de transformación y venta del producto terminado, LA FIDUCIARIA, a nombre del patrimonio autónomo, entregará al FIDEICOMITENTE, la materia prima (productos químicos) adquirida por el patrimonio y celebrará con éste un contrato de maquila y comercialización.”

“7. A LA FIDUCIARIA le corresponde administrar con la debida diligencia y cuidado los recursos del patrimonio autónomo provenientes de los créditos otorgados por EL BENEFICIARIO, los recursos aportados por EL FIDEICOMITENTE, las facturas cambiarias y los demás bienes que hacen parte del Fideicomiso, según lo dispuesto en la cláusula cuarta de este contrato.”

“8. LA FIDUCIARIA deberá destinar los recursos que genere el patrimonio autónomo con la transformación de la materia prima al pago de los créditos otorgados por EL BENEFICIARIO y garantizados con el presente fideicomiso.”

“9. LA FIDUCIARIA deberá celebrar todos los actos y contratos necesarios para el cumplimiento del objeto contemplado en este contrato de fiducia.”

En las pruebas aportadas al proceso, tales como documentos, declaraciones de testigos y dictámenes periciales, se evidencia que Fidufes no cumplió con las obligaciones a su cargo, anteriormente relacionadas, por cuanto, la compra de materia prima fue delegada por Fidufes en el fideicomitente, por ello no se verificó la entrega de la materia prima por parte de la Fiduciaria a Inversiones Químicas Ltda.; además, los recursos del patrimonio autónomo, provenientes de los créditos otorgados por EL BENEFICIARIO, fueron dejados a la deriva en manos de

Inversiones Químicas Ltda., con grave detrimento para los intereses de quienes fueron involucrados en el contrato, como Beneficiarios.

Por otra parte, no fue demostrado en el proceso que Fidufes hubiera llevado a cabo los actos necesarios para la ejecución del encargo, los cuales de acuerdo con el ordenamiento legal y con las voces del contrato, correspondían solo a dicha sociedad y no podía ésta trasladar, delegar o abandonar en el fideicomitente tales actos, so pena de comprometer su propia responsabilidad y por ende, su patrimonio.

Así mismo, la cláusula Séptima, al referirse a las obligaciones de la FIDUCIARIA, determina que son obligaciones de la fiduciaria, entre otras, las siguientes: *“1. Realizar de manera diligente todos los actos necesarios para la ejecución del presente contrato, conforme a las instrucciones aquí contenidas...”*

” 8. Expedir a favor de LOS BENEFICIARIOS los respectivos certificados de beneficio, de acuerdo con lo dispuesto en este contrato”.

“9. Comunicar a LOS BENEFICIARIOS las circunstancias sobrevinientes que pudieren dar lugar a la modificación o terminación anticipada del contrato.”

Tal como lo ha expresado el Tribunal, se encuentra demostrado en el proceso que la fiduciaria no desplegó en su encargo, la prudencia y el cuidado que los hombres emplean en sus propios negocios, o dicho de otra forma, que no administró los bienes del patrimonio autónomo como un buen padre de familia. Así mismo, en el dictamen pericial quedó claramente establecido, que la Fiduciaria no expidió Certificados de Beneficio alguno, a favor de los beneficiarios. Por otra parte, Fidufes debió determinar si las ventas realizadas por el fideicomitente y el cobro de la facturación se hacían efectivamente en beneficio del fideicomiso. Lo que se evidencia dentro del proceso es que precisamente en razón de esa ausencia de control, toda la labor de comercialización, incluido el cobro de la respectiva cartera, se confió al fideicomitente permitiéndole por ejemplo, que no entregara los ingresos de la facturación al fideicomiso, o que los compradores de los productos maquilados pagaran directamente al fideicomitente y no al fideicomiso el valor de las ventas. De haber existido una administración diligente y menos pasiva, el patrimonio adecuadamente administrado por la fiduciaria, hubiera podido recibir los beneficios de la facturación a terceros.

Continuando con el examen del contrato la cláusula Décima Primera establece que *“LA FIDUCIARIA deberá presentar, informes de su gestión al Comité de Fideicomiso, en forma mensual, o en forma extraordinaria cuando la situación así lo amerite. Si pasados treinta (30) días corrientes LA FIDUCIARIA no ha recibido*

ninguna objeción sobre los informes presentados, se entenderá aceptada por parte de su destinatario.”

Las pruebas presentadas al proceso, permiten al Tribunal determinar que el Comité Fiduciario creado en virtud de la celebración del contrato de Fiducia, no operó, y por ende, no tuvo conocimiento de los supuestos informes de gestión que Fidufes debió someter a su consideración.

En relación con el incumplimiento de las obligaciones amparadas con el fideicomiso, la cláusula décima Tercera del contrato previó el procedimiento que debería seguirse en el momento en que los recursos del fideicomiso no fueran suficientes para atender el pago de las obligaciones garantizadas a favor de cualquiera de los Beneficiarios, indicando que:

“1. LA FIDUCIARIA, deberá comunicar el hecho mencionado a LOS BENEFICIARIOS, dentro de un plazo que no podrá exceder de diez (10) días calendarios, contados a partir de la fecha en que se verificó tal circunstancia, para que sean estos quienes decidan la forma como el Fideicomiso deberá atender las obligaciones pendientes.”

Está demostrado que Fidufes no verificó que el fideicomitente entregara efectivamente y recuperara directamente para el patrimonio autónomo los ingresos por facturación a terceros que realizara de sus productos. Las actividades de cuadro de ventas e ingresos al patrimonio no se hicieron rigurosamente cada mes calendario y cuando la Fiduciaria se percató, por información de los propios beneficiarios, de la indebida utilización de los recursos de ventas de productos por parte del fideicomitente, en forma tardía y sólo reactiva, procedió ya sin ningún efecto práctico, a interponer las denuncias de carácter legal que a ella le competían.

Analizada la acción en otra óptica, Ingefin S. A. ha enfocado una acción de carácter contractual contra el administrador del patrimonio autónomo, por considerar que esa administración no fue diligente, que esa falta de diligencia en la custodia y conservación de los bienes que conformaban los bienes del patrimonio autónomo, ha desembocado en que ese patrimonio no tenga la liquidez suficiente para el pago de las facturas y las autorizaciones de desembolso que le fueron endosadas como resultado de las operaciones de crédito que adelantó con Inversiones Químicas Ltda.

Para el Tribunal es claro, con fundamento en el acerbo probatorio existente, que Ingefin S. A. no realizó operaciones de compra de facturas y autorizaciones de

desembolso con Inversiones Químicas Ltda., en donde la primera aceptara los riesgos de existencia del crédito y solidez del mismo. Lo que verdaderamente ocurrió es que Ingefin S. A. prestó recursos a Inversiones Químicas Ltda. bajo el entendimiento de que el patrimonio autónomo administrado por una entidad profesional y sería como presumió que era Fidufes,, desplegaba efectivamente actividades diligentes para que existieran realmente bienes, dineros o recursos en el patrimonio autónomo que permitieran la cancelación de las facturas que aceptaba ese mismo patrimonio autónomo y autorizaciones de desembolso que producía el propio fiduciario a favor de Inversiones Químicas Ltda., como consecuencia del contrato paralelo de Maquila celebrado entre esta sociedad y Fidufes. No es pues que Ingefin S. A. haya adquirido por su propia cuenta y riesgo cartera o autorizaciones de desembolso sin que mediaran operaciones de crédito con Inversiones Químicas Ltda. El endoso de facturas y de autorizaciones de desembolso, obedece a que esos créditos contraídos por Inversiones Químicas Ltda. con Ingefin S. A. no fueron cancelados y en consecuencia, las facturas y las autorizaciones de desembolso a cargo del patrimonio, le fueron endosadas a Ingefin S. A. para solucionar el crédito. Como tantas veces lo ha indicado el Tribunal, sorprende observar además que el administrador del patrimonio (Fidufes) en su calidad de fiduciario admitiera sin ningún reato facturas a cargo de ese patrimonio y produjera autorizaciones de desembolso, sabiendo que el propio patrimonio no tenía los recursos disponibles para pagar ni las facturas ni las notas de desembolso o por lo menos sin la seguridad de que existirían esos recursos.

Y se desprende del acervo probatorio existente que la conducta asumida por fidufes, al tenor del Art. 1234 del Código de Comercio, fue una actitud pasiva como tantas veces se ha dicho, toda vez que dicha sociedad delegó gran parte de sus funciones sin ejercer el debido control sobre dicha delegación, generando con esa conducta un total desentendimiento en el desarrollo del contrato, lo que necesariamente da como resultado que Fidufes deba responder por sus actuaciones u omisiones.

Se ha querido presentar por la entidad convocada - en su calidad de fiduciaria, la situación de falencia económica del fiduciante Inversiones Químicas Ltda., reflejada en un proceso de reestructuración de pasivos adelantado con la intervención de la Superintendencia de Sociedades bajo los parámetros de la Ley 550 de 1999, como prueba de refuerzo suficiente para relevar a Fidufes de la obligación de custodia y conservación de los bienes que debían hacer parte del fideicomiso y como explicación de su impotencia frente a los negocios del constituyente del fideicomiso. Este planteamiento no ha escapado al análisis del Tribunal. Para el efecto, fue objeto de su extensivo estudio, la documentación

remitida y aportada al expediente sobre el proceso fallido de reestructuración, bajo el auspicio de la Ley de intervención económica citada (Ley 550/99), hecho que el apoderado de la fiduciaria pretendió corroborar con la prueba testimonial del señor Tulio Echeverry Roiz, dado que así lo manifestó expresamente cuando insistió en la práctica de la misma.

El tribunal, habida consideración de que el hecho de la existencia de ese procedimiento de reestructuración fallido, estaba adecuada y plenamente advertida en el proceso, vía la prueba documental, consideró innecesaria la prueba testimonial que si fue decretada pero que no se pudo practicar por culpa de la propia parte interesada al no haber aportado oportunamente la correcta dirección dónde debía ser citado el testigo. Por otra parte, en sentir del Tribunal, la situación de precariedad económica del fideicomitente Inversiones Químicas Ltda., no es una excusa o eximente de la responsabilidad y obligación de custodia y conservación de los bienes que integran el fideicomiso y de las conductas de las personas que debían alimentarlo. Por el contrario, en criterio el Tribunal, esa precariedad económica debió conducir a la fiduciaria a extremar sus medidas de conservación y custodia, con extensión, por lo menos, a la vigilancia de las conductas de recuperación de cartera o ingreso efectivo de los recursos por las ventas que realizaba Inversiones Químicas Ltda., como maquilador de los bienes del fideicomiso.

A manera de conclusión sobre este aspecto, es decir sobre la argumentación construida con base en un proceso de reestructuración fallido, debe expresarse que ese proceso, además de ser posterior a la ocurrencia de los hechos que derivan la responsabilidad de Fidufes, no exime en nada a la fiduciaria citada al proceso arbitral, de sus obligaciones contractuales y mucho menos, constituye una justificación para atenuarlas.

En este punto del presente laudo es pertinente entrar a resolver sobre la Objeción por error grave al dictamen pericial y para ello, empezaremos por aclarar que la objeción sólo fue planteada en cuanto hace referencia a la forma cómo fueron liquidados los intereses. Por lo demás el primer dictamen se encuentra en firme.

Así las cosas, claramente se desprende del citado dictamen que el monto de las acreencias a favor de Ingefin S. A. y a cargo del patrimonio autónomo están representadas en las siguientes facturas y autorizaciones de desembolso:

Facturas: 98060, 98061, 98082, 98097, 98121, 98126, 98127, 98128, 98129, 98434, 98309, 98451, 98558, 98562, 98566, 98583, 98595, 98622, 98625, 98626, 98660, 98671, 98698, 98701, 98714, 98743, 98765, 98788, 98804, 98846, 98847, 98857, 98866, 98884, 98890, 98904, 98915, 98973, 98984, 99064, 99071, 99073,

99074, 99076, 99107, 99118, 99131, 99144, 99177, 99189, 99216, 99235, 99266, 99345.

Autorizaciones de desembolso: 0314, 0330, 0343, 0350, 0373, 0406, 0418, 0424, 0426, 0427, 0466, 0474, 0487, 0502, 0509, 0517, 0524, 0558.

Vale la pena aquí mencionar que no se explica el Tribunal cómo aparecen canceladas facturas con un cruce de cuentas, sin haberse exigido la entrega del título valor que soporta esa obligación. Tal conducta conlleva implícitamente un total desconocimiento de las normas o un manejo negligente en la administración, por ello dichas facturas, también serán reconocidas en su totalidad

Así mismo, las facturas que aparecen pagadas por endoso a Camilo Mondragón serán reconocidas, toda vez que para que exista un endoso válido debe colocarse la nota pertinente al reverso del título y procederse a su entrega. En el caso que nos ocupa, las facturas “supuestamente endosadas” a Camilo Mondragón obran en el proceso ejecutivo instaurado por Ingefin S.A. y que cursa en el Juzgado 6º. Civil del Circuito de Cali. Se pregunta el tribunal cómo se puede endosar un documento sin su entrega? Que garantía se le da al acreedor si no se le entrega el título? Porque evidentemente el Sr. Camilo Mondragón no tenía las facturas para entregarlas a la Fiduciaria. Sorprende que una entidad fiduciaria proceda de tal manera con total desconocimiento de los elementales principios de los títulos valores y de por canceladas dichas facturas sin su entrega real y efectiva.

Igualmente, la orden de desembolso No. 0424 será reconocida por el valor real de la misma es decir la suma de \$7´532.050.

En consecuencia, para el tribunal es clara la responsabilidad que debe asumir Fidufes para el pago de las facturas y autorizaciones de desembolso, por concepto de Daño Emergente, como se sintetiza en las siguientes partidas:

Factura No.	Valor	Factura No.	Valor
98060	26.054.284	98061	10.344.548
98082	8.035.719	98097	4.719.600
98121	1.941.729	98126	747.502
98127	837.427	98128	8.848.670
98129	5.072.901	98434	1.773.300
98309	430.353	98451	434.648
98558	219.650	98562	263.063
98566	2.621.966	98583	809.600
98595	1.836.780	98622	1.499.732
98625	219.650	98626	5.037.000
98660	374.946	98671	1.651.316
98698	111.556	98701	916.697

98714	73.792	98743	938.469
98765	843.853	98788	273.125
98804	676.200	98846	2.672.784
98847	243.536	98857	617.288
98866	2.350.000	98884	517.500
98890	814.185	98904	403.797
98915	50.295.250	98973	5'808.091
98984	598.000	99064	10.581.087
99071	13.139.516	99073	1.133.529
99074	3.188.529	99076	4.172.087
99107	19.460.424	99118	817.518
99131	5.473.841	99144	9.623.865
99177	5.433.686	99189	4.577.106
99216	500.043	99235	2.830.676
99266	<u>1.046.776</u>	99345	<u>8.158.864</u>
SUBTOTAL	151.894.592		<u>90.171.462</u>
TOTAL			242.066.054

Autorizaciones de desembolso

Numero	Valor	Numero	Valor
0314	20.000.000	0330	3.251.756
0343	7.624.279	0350	5.644.578
0373	11.401.399	0406	4.363.094
0418	628.670	0424	7.532.050
0426	2.304.010	0427	1.391.758
0466	6.686.544	0474	3.493.354
0487	1.684.941	0502	4.294.093
0509	15.727.600	0517	10.000.000
0524	1.107.550	0558	<u>11.794.219</u>
TOTAL			118.929.895

Sobre las facturas anteriormente relacionadas, se aclara que varias de ellas fueron digitadas en forma errónea en la demanda, pero dicho error fue corregido por los peritos en sus dictámenes, quienes las citaron en forma correcta, hecho debidamente verificado por este Tribunal, conforme a las copias que reposan en el expediente.

Por otra parte, la Factura No. 098625 se reconoce por valor de \$219.650; la Factura No. 099074, por valor de \$3'188.529 y la Factura No. 099107, por valor de \$19'460.424, toda vez que dichos valores son los reales, según las copias que reposan en el expediente.

Ahora bien, encuentra razón el Tribunal en la argumentación planteada por la parte convocada al objetar el dictamen pericial en que los intereses deben ser liquidados día a día. Por lo tanto, en la parte pertinente a los intereses, el Tribunal acogerá el segundo dictamen.

En consecuencia declara próspera la objeción mencionada en cuanto a la forma de liquidar los intereses, los cuales se reconocerán como lucro cesante.

Sin embargo, advierte el Tribunal que los intereses correspondientes a la factura No. 98973 no fueron liquidados por el perito en el segundo dictamen, omisión que procede este Tribunal a subsanar, liquidándolos con el mismo procedimiento aplicado por el perito en el segundo dictamen y teniendo en cuenta la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria.

Así mismo el Tribunal liquida los intereses de las autorizaciones de desembolso Nos. 0418 y 0424 tomando como base el valor de capital por el que fueron reconocidas, puesto que en el segundo dictamen, en la autorización de desembolso No. 0418, dichos intereses fueron liquidados tomando como base un capital de \$6.237.003, cuando el capital reconocido de esa autorización, es de solo \$626.670 y en la autorización de desembolso No.0424, se liquidaron los intereses sobre un capital de tan solo \$4.218.075 cuando el capital reconocido de la misma, es de \$7.532.050. En Consecuencia, el valor del Lucro Cesante se determina de la siguiente manera,

Factura No.	Valor Intereses	Factura No.	Valor Intereses
98060	27.119.889,95	98061	10.767.634,34
98082	8.345.882,34	98097	4.887.285,45
98121	2.001.780,57	98126	770.046,46
98127	863.325,98	98128	9.122.331,48
98129	5.229.789,84	98434	1.787.911,99
98309	432.793,40	98451	429.563,45
98558	211.368,29	98562	253.144,44
98566	2.521.381,64	98583	774.812,49
98595	1.748.185,81	98622	1.420.486,16
98625	207.890,48	98626	4.763.817,96
98660	352.780,01	98671	1.549.086,42
98698	104.105,10	98701	855.470,18
98714	68.760,44	98743	869.896,48
98765	778.018,13	98788	250.655,57
98804	617.695,92	98846	2.413.049,44
98847	219.693,43	98857	555.066,55

98866	2.109.721,19	98884	462.339,18
98890	727.400,24	98904	358.416,74
98915	44.025.554,37	98973	5.193.206,71
98984	504.609,23	99064	8.606.284,56
99071	10.666.303,34	99073	925.660,00
99074	2.603.647,11	99076	3.373.503,93
99107	15.531.584,32	99118	646.454,63
99131	4.306.074,44	99144	7.547.141,86
99177	4.203.502,48	99189	3.518.483,72
99216	381.946,07	99235	2.146.007,53
99266	<u>787.604,38</u>	99345	<u>5.983.338,95</u>
SUB-TOTAL	136.671.288,50		<u>80.231.096,67</u>
TOTAL			216.902.385,17

Autorizaciones de desembolso

Numero	Valor Intereses	Numero	Valor Intereses
0314	18.873.446,58	0330	3.040.134,30
0343	7.107.114,24	0350	5.051.740,67
0373	10.792.308,01	0406	3.905.960,16
0418	558.472,88	0424	6.663.753,21
0426	1.992.941,17	0427	1.208.593,94
0466	5.764.755,04	0474	3.112.165,24
0487	1.444.120,90	0502	3.642.871,60
0509	13.183.365,64	0517	8.377.273,97
0524	<u>926.911,63</u>	0558	<u>9.612.433,89</u>
SUBTOTAL	60.643.436,09		<u>44.614.926,98</u>
TOTAL			105.258.363,07

En mérito a lo expuesto el Tribunal de Arbitramento, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte convocada.

SEGUNDO: DECLARAR probada la objeción por error grave al dictamen pericial.

TERCERO: DECLARAR que FIDUCIARIA FES S.A., incumplió el contrato de FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y FUENTE DE PAGO, celebrado el 05 de octubre de 1.999 con la sociedad Inversiones Químicas Ltda., del cual es parte, como beneficiaria la sociedad INGEFIN S.A.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES S.A. a pagar a INGENIERIA FINANCIERA S.A. INGEFIN S.A., a titulo de DAÑO EMERGENTE, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo la suma de: DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES SESENTA Y SEIS MIL CINCUENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$242.066.054,00) que corresponden a facturas y la suma de CIENTO DIEZ Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTE Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$118.929.895.00) que corresponden a autorizaciones de desembolso, para un total de condena por este rubro de TRESCIENTOS SESENTA MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$360.995.949,00)

QUINTO: CONDENAR a FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES S.A. a pagar a INGENIERIA FINANCIERA S.A. INGEFIN S.A., a titulo de LUCRO CESANTE dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de: DOSCIENTOS DIECISÉIS MILLONES NOVECIENTOS DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$216.902.385,17) que corresponden a los intereses de las facturas y la suma de CIENTO CINCO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS CON SIETE CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$105.258.363,07) por intereses de las ordenes de desembolso, para un total de condena por este rubro de TRESCIENTOS VEINTIDOS MILLONES CIENTO SESENTA MIL SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$322.160.748,24).

SEXTO: CONDENAR a FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES S.A. a pagar las costas del proceso, para lo cual se ordena reembolsar a Ingefin S. A. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo, las siguientes sumas de dinero:

1.- La cantidad de DOCE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL PESOS M./CTE. (\$12'783.000,00) por concepto del cincuenta por ciento (50%) de los honorarios pagados a los tres árbitros y la cantidad de UN MILLON TRESCIENTOS SESENTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS

(\$ 1'363.520,00) por concepto del cincuenta por ciento (50%) del Impuesto al Valor Agregado (IVA) de los honorarios pagados a dos de los árbitros.

2.- La cantidad de DOS MILLONES CIENTO TREINTA MIL QUINIENTOS PESOS M./CTE. (\$2'130.500,00) por concepto del cincuenta por ciento (50%) de los honorarios pagados a la secretaria del Tribunal.

3.- La cantidad de UN MILLON OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS M./CTE. (\$1'864.250,00) por concepto del cincuenta por ciento (50%) de los gastos de funcionamiento del Tribunal.

4.- La cantidad de DOS MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS M./CTE. (\$2'162.530,00), incluido el IVA, por concepto del cincuenta por ciento (50%) de los gastos de administración del Tribunal.

5.- La cantidad de SETENTA MILLONES DE PESOS M./CTE (\$70.000.000.00) como Agencias en Derecho pagaderas dentro del mismo término concedido para el pago de la condena.

SEPTIMO: Ordénase la devolución a cada una de las partes, de la suma de TRESCIENTOS CUARENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS CON CINCO CENTAVOS MCTE. (\$340.880,05) correspondiente al impuesto de valor agregado (IVA), liquidado sobre los honorarios de la secretaria del Tribunal, toda vez que la misma no es responsable del IVA.

OCTAVO: Ordénase la protocolización del expediente en una notaría del Circulo de Cali.

El Laudo anterior queda notificado en audiencia.

ARBITROS

MARIA DEL PILAR RAMÍREZ ARIZABALETA
PRESIDENTE

FELIPE AYERBE MUÑOZ

ASTRID ESCOBAR DE ROBAYO

LA SECRETARIA

LUZBIAN GUTIERREZ MARIN.