

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

ADOLFO VANEGAS FALLA

VS.

FIDUCIARIA COLMENA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, Octubre 3 de 2000.

Abierta la audiencia el Presidente autorizó a la Secretaria para dar lectura al laudo que pone fin al proceso, el cual se pronuncia en derecho.

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que pone fin al presente proceso y que resuelve las diferencias surgidas entre ADOLFO VANEGAS FALLA y FIDUCIARIA COLMENA S.A.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

Las controversias que se deciden hoy mediante el presente laudo arbitral se originaron en el contrato de FIDUCIA MERCANTIL contenido en la Escritura Pública No. 6288 del 9 de septiembre de 1994 de la Notaria Tercera de Cali entre FIDUCIARIA COLMENA S.A. y ADOLFO VANEGAS FALLA, en cuya cláusula Vigésima Séptima se lee:

“CLAUSULA COMPROMISORIA: Cualquier diferencia que surja dentro de las partes contratantes con ocasión del desarrollo, ejecución y liquidación del presente contrato, será sometido a un Tribunal de Arbitramento compuesto por tres (3) miembros, elegidos por las partes directa y de común acuerdo. Si las partes no se ponen de acuerdo en la elección de alguno o de todos los árbitros este o estos serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de esta ciudad. En caso de que la Cámara de Comercio no hiciere el nombramiento dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que se solicite tal designación, cualquiera de las partes interesadas podrá pedir al juez competente designe los árbitros acompañando a la solicitud copia del presente contrato. – El término de duración del arbitramento no podrá exceder de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, prorrogables hasta por otros seis (6) meses a solicitud de cualquiera de las partes. El procedimiento se sujetará a las normas que dispone el Código de Procedimiento Civil lo mismo que a lo dispuesto por el Decreto 2279 y el Decreto 2651 del 10 de enero de 1992 su organización interna deberá ser igual al reglamento que para el efecto utiliza el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali y el Laudo Arbitral deberá ser proferido EN DERECHO. Las partes recibirán las notificaciones en las siguientes direcciones: Av. Roosevelt No. 34- 56 EL CONTRATANTE ----- LA FIDUCIARIA Calle 72 No. 10- 71 piso 4 de Santafé de Bogotá o Av. 5 A. Norte No. 20 N.- 12 de Cali. Los cambios de dirección serán notificados por escrito a la Fiduciaria.”.

El señor Adolfo Vanegas Falla por conducto de apoderado judicial solicitó el día 28 de junio de 1999 la convocatoria al presente Tribunal de Arbitramento, presentando demanda ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de

Cali contra FIDUCIARIA COLMENA S.A. y AHORRAMAS CORPORACIÓN DE AHORRO Y VIVIENDA cuyas pretensiones fueron:

“PRIMERA: *Que se declare la INVALIDEZ del negocio fiduciario celebrado entre mí representado, el señor Adolfo Vanegas Falla de condiciones civiles ya anotadas y la Fiduciaria Colmena S.A. denominado de Fiducia Mercantil cuyo objeto versa sobre el apartamento No. 503 y los parqueaderos Nros. 3 y 4 del Edificio Balcones del Río Lili, ubicado en la calle 18 No. 101- 16 de la actual nomenclatura urbana de la ciudad de Santiago de Cali, que tiene las siguientes matriculas inmobiliarias: Apartamento 503 – 370- 526507; Parqueadero No. 3 – 370- 526475 y Parqueadero No. 4 – 370- 526476.*

SEGUNDA: *Que se declare la invalidez del encargo fiduciario específicos de celebrar con terceros los actos y contrato referentes a la enajenación a titulo compraventa, de los ya mencionados Apartamento y Garajes; y del encargo subsidiario de transferir la Fiduciaria y recibir constituyente a titulo de beneficio y todas las estipulaciones contenidas en cláusula segunda de la Escritura Pública antes dicha, en la pretensión primera.*

TERCERA: *Que se declare la invalidez de la totalidad de las estipulaciones que conforman el contrato contenidos en la escritura Pública No. 6288 del 9 de septiembre de 1994 del a Notaria Tercera del Circulo Notarial de Santiago de Cali otorgada como quedó establecido en la parte final de la pretensión primera de esta demanda.*

CUARTA: *Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare la invalidez de la totalidad de las estipulaciones que conforman el contrato contenido en la Escritura Publica No. 3537 del 13 de agosto de 1996 de la Notaria Séptima del Circulo de Cali, que versa sobre Transferencia e Hipoteca del apartamento y parqueaderos anteriormente descritos, individualizados con dirección, nomenclatura y linderos, celebrado como otorgantes: FIDUCIARIA COLMENA S.A. Nit. 860.501.448-6, Adolfo Vanegas Falla; acreedora Ahorramas Corporación de Ahorro y Vivienda, en cuantía de \$89.900.000 y \$52.284.092.00 celebrado en esta ciudad de Cali.*

QUINTA: *Que como consecuencia de las declaraciones anteriormente solicitadas, se condene a la Fiduciaria Colmena S.A. a devolver al señor Adolfo Vanegas Falla la cantidad de DOCE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN UPAC CON DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS CIEN MILÉSIMAS DE LAS*

MISMAS UNIDADEE (12.651.18692) a que equivalían OCHENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN PESOS CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS (\$84.815.791,65) al 26 de agosto de 1996 fecha en que se subrogó el crédito con la otra corporación, pagos hechos según cronograma que se expondrá en el capítulo de los hechos de la demanda por mi representado el señor Adolfo Vanegas Falla; o la suma líquida de dinero que resultará de convertir la cantidad de UNIDADES DE PODER ADQUISITIVO DE VALOR CONSTANTE UPACS a PESOS en el momento en que se efectúe la devolución pedida, suma en la cual quedarían incluidos conceptos como intereses, pérdida del poder adquisitivo de la moneda, a título de indexación.

SEXTA: *Que se condene a Fiduciaria Colmena S.A. a pagar título de indemnización de perjuicios una suma líquida de dinero que resultare de justa tasación efectuada por perito, que el Tribunal de Arbitramento habrá de designar en el momento procesal oportuno (termino probatorio), en tanto que estamos frente a unos perjuicios ciertos, actuales y directos, por cuanto que se ha producido un daño material cuantificable, resultado de los desembolsos de la cantidad señalada en la pretensión quinta (inmediatamente anterior) que constituyen una MERMA PATRIMONIAL quedando consecencialmente privado de un lucro o utilidad mi poderdante, siendo por ello su valor actualizable al momento que se haga efectivo su cumplimiento, involucrando en ello tanto los perjuicios materiales como lo tocante al perjuicio moral, resultado del acto desleal, de mala fe, artificioso y de engaño de Fiduciaria Colmena S.A. como se demostrara en el capítulo correspondiente de la demanda, probando el daño emergente y lucro cesante.*

SEPTIMA: *Que como consecuencia de las declaraciones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta solicitadas anteriormente, se condene a AHORRAMAS-CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA a devolver al señor ADOLFO VANEGAS FALLA la cantidad de CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES UPAC CON SEIS MILDOSCIENTAS CATORCE DIEZ MILESIMAS (5.443.6214) de las mismas unidades a que equivalen NOVENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$90.775.649,70) al 20 de junio de 1999, fecha del último pago más los pago posteriores que se llegaren a realizar para no incurrir en incumplimiento y mora de conformidad con cronograma de pagos que se expondrá en el capítulo de los hechos de la demanda realizados por mi poderdante Adolfo Vanegas Falla; o la suma líquida de dinero que resultare de convertir la cantidad de*

Unidad de Poder Adquisitivo de Valor Constante UPAC a pesos en el momento en que se efectúe la devolución pedida, suma en la cual quedaran incluidos conceptos como intereses, devaluación o mejor, pérdida del poder adquisitivo de la moneda a título de indexación.

OCTAVA: *Que se condene a AHORRAMAS- CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA a pagar título de indemnización de perjuicios una suma líquida de dinero que resultare de justa tasación efectuada por perito, que el Tribunal de Arbitramento habrá de designar en el momento procesal oportuno (termino probatorio), en tanto que estamos frente a unos perjuicios ciertos, actuales y directos, por cuanto se ha producido un daño material cuantificable, resultado de los desembolsos de la cantidad señalada en la pretensión séptima (Inmediatamente anterior) que constituyen una merma patrimonial, quedando consecuentemente privado mi representado de un lucro o utilidad, siendo por ello su valor actualizable al momento en que se haga efectivo su cumplimiento, involucrando en ello tanto los perjuicios materiales como lo tocante al perjuicio moral, resultado del acto desleal, de mala fe, artificioso y de engaño expresado en la pretensión sexta y que Ahorramas – Corporación de Ahorro y Vivienda estaba en la obligación de conocer y conoció previamente a la celebración del negocio aparentemente jurídico, como se demostrará en el estadio procesal correspondiente, probando el daño emergente y lucro cesante.*

NOVENA: *Que se condene a la parte demandada al pago de los gastos y costos del proceso, que incluye cualquier erogación que deba efectuarse con cargo al proceso arbitral y las agencias en derecho u honorarios profesionales, para los que se tendrá en cuenta el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales de Abogado, suscrito por mi Representado Adolfo Vanegas Falla y este servidor”.*

“PRETENSIONES SUBSIDIARIAS: *Para el caso de que el Honorable Tribunal de arbitramento no estime procedentes las pretensiones anteriormente consignadas, preciso es atender las siguientes en forma subsidiaria: Primera: Que se declare el incumplimiento del contrato de Fiducia contenido en la Escritura Publica No. 6288 del 9 de septiembre de 1994 de la Notaria Tercera del Circulo de Cali, celebrado entre Adolfo Vanegas Falla y Fiduciaria Colmena S.A. cuyo objeto versa sobre el apartamento 503 y los parqueaderos 3 y 4 del edificio Balcones del Río Lili ubicado y alinderado como ya quedo establecido en las pretensiones principales de esta*

demanda, así como quedaron establecidas cada una de sus individualizaciones inmobiliarias con la matrícula correspondientes.

Segunda: *Que como consecuencia de la declaratoria solicitada en la anterior pretensión subsidiaria se decrete la resolución del Contrato incumplido contenido en la escritura Pública No. 6288 del 9 de septiembre de 1994 de la Notaria Tercera del Circulo de Cali, celebrado entre Adolfo Vanegas Falla y Fiduciaria Colmena S.A. quedando las cosas en el estado anterior a la celebración de dicho contrato.*

Tercera: *Que se condene a Fiduciaria Colmena S.A. a devolver a mi representado la suma determinada en la pretensión quinta principal o su equivalente allí determinado y al pago de una suma líquida de dinero a título de indemnización de perjuicios, suma que se establecerá mediante dictamen pericial que efectuará el perito correspondiente, designado para tal efecto por el Tribunal de Arbitramento en el término procesal oportuno, en el que se deberán incluir los conceptos de daño emergente, lucro cesante, perjuicios materiales y morales como se solicita en la sexta pretensión principal.*

Cuarta: *Que como consecuencia de las declaraciones y condenas subsidiarias, anteriores se condene a Ahorramas Corporación de Ahorro y Vivienda a devolver al señor Adolfo Vanegas Falla la cantidad de Unidades de Poder de Valor Constante – UPAC- predeterminadas en la pretensión Séptima principal, incluidos los pagos posteriores que se llegaren a efectuar, teniendo en cuenta el cronograma allí anunciado.*

Quinta: *Que se condene a Ahorramas Corporación de Ahorro y Vivienda al pago de los perjuicios de conformidad como se contempla en la pretensión Octava principal de la presente demanda.*

Los perjuicios solicitados en las pretensiones Tercera y Quinta subsidiarias, tienen su fundamento en la declaratoria de la Resolución del Contrato reseñado y multicitado.

Sexta: *Que se condene a la parte demandada al pago de los gastos y costas del proceso arbitral que con esta demanda se inicia, en el que se incluya cualquier erogación que haya de hacerse con cargo al proceso arbitral y al pago de las agencias en derecho u honorarios profesionales”.*

Esta demanda fue admitida y de ella se corrió traslado a FIDUCIARIA COLMENA S.A., quien se opuso a las declaraciones y condenas y además propuso las siguientes excepciones de fondo:

I) VALIDEZ DEL NEGOCIO FIDUCIARIO.

- II) CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DE FIDUCIARIA COLMENA S.A.
- III) ACEPTACIÓN POR PARTE DEL SEÑOR ADOLFO VANEGAS FALLA.
- IV) LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS NO SON IMPUTABLES A FIDUCIARIA COLMENA S.A.

AHORRAMAS Corporación de Ahorro y Vivienda, que se opuso a las declaraciones y condenas, alegó incompetencia del Tribunal y además propuso las siguientes excepciones de fondo:

- I) IMPROCEDENCIA DE REEMBOLSO SOBRE DINEROS ENTREGADOS EN VIRTUD DE CREDITO HIPOTECARIO.
- II) INEXISTENCIA DEL PERJUICIO QUE PRETENDE EL CONVOCANTE A CARGO DE AHORRAMAS CORPORACIÓN DE AHORRO Y VIVIENDA.

A su vez FIDUCIARIA COLMENA S.A. presentó llamamiento en garantía contra la sociedad R.C.M. GERENCIA E INTERVENTORIA LTDA.

En cumplimiento de lo establecido por la ley, las partes acudieron a la audiencia de conciliación presidida por la doctora Teresa Betancourth, el día 3 de noviembre de 1999, la cual fracasó por falta de animo conciliatorio.

El Tribunal se integró por los doctores Juan Ramón Barberena (Presidente), Francisco Chávez Cajiao y Humberto Molano Molina (Árbitros) designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 2651 de 1991, la directora del Centro de Arbitraje fijó la fecha de instalación del Tribunal, en la cual se designó como Presidente al Doctor Juan Ramón Barberena y como Secretaria a la doctora Luzbian Gutiérrez Marín, quien aceptó el cargo y tomó posesión del mismo el 21 de marzo del año 2000. El Tribunal señaló las sumas para honorarios y gastos de funcionamiento, las cuales fueron consignadas por las partes dentro del término legal.

Mediante auto de fecha 22 de marzo de 2000, acta No. 3 el Tribunal asumió competencia para conocer y fallar en derecho; aceptó el llamamiento en garantía propuesto por FIDUCIARIA COLMENA S.A. contra la Sociedad R.C.M. GERENCIA E INTERVENTORIA LTDA., pero ese mismo día, FIDUCIARIA COLMENA S.A. retiró dicha solicitud, retiro que fue admitido por el Tribunal.

El auto anterior es recurrido por AHORRAMAS, para que se revoque la competencia con respecto a dicha entidad. La primera audiencia de trámite continúa el día 28 de

marzo del presente año y no revoca la providencia que decide sobre la competencia con relación a AHORRAMAS Corporación de Ahorro y Vivienda y en la misma audiencia se decretan pruebas. Dicha audiencia queda cerrada el día 28 de marzo del presente año.

En escrito presentado el día 11 de abril de 2000 el doctor Luis Miguel Montalvo apoderado de Ahorramas solicita la nulidad del proceso con base en el numeral 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. El Tribunal decide de oficio decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto No. 2 de fecha 22 de marzo del año 2000 con excepción de lo relativo a la competencia del Tribunal.

Mediante auto No. 14 del día 13 de abril del presente año se inadmite la demanda y concede el término de cinco (5) días a la parte actora para subsanar la demanda.

En escrito presentado el día 24 de abril del año 2000 el apoderado de la parte convocante reforma la demanda en los siguientes términos:

“- Dejamos sin ninguna validez prescindimos de la pretensión cuarta principal en lo que hace relación con Ahorramas Corporación de Ahorro y Vivienda.

- Prescindimos de la pretensión séptima principal, contra Ahorramas Corporación de Ahorro y Vivienda.

- Prescindimos de la pretensión octava principal, contra Ahorramas Corporación de Ahorro y Vivienda.

Modificación de la pretensión Sexta Principal, en el sentido de adicionarla, incluyendo dentro de los perjuicios la cantidad de Cinco Mil Cuatrocientos Cuarenta y Tres Upac con Seis Mil Doscientos Catorce Diez milésimas (5443.6214) de las mismas unidades a que equivalen Noventa y Un Millones Trescientos Veintinueve Mil Novecientos Diez y Siete pesos con Setenta Centavos (\$91.329.017,70) al 20 de junio de 1999 más los pagos posteriores que se han realizado y los que llegaren a realizar para no incurrir en incumplimiento y mora, de conformidad con el cronograma de pagos que se expuso en el capítulo de los hechos de la demanda, realizados por mi poderdante ADOLFO VANEGAS FALLA; o la suma líquida de dinero que resultare de convertir la cantidad de poder adquisitivo valor constante UPAC a pesos en el momento en que se efectuó la devolución pedida, que fue la suma en que se hizo incurrir al convocante a título de mutuo, frente a la Corporación que financió el proyecto.

Sobre las Pretensiones Subsidiarias:

- *Modificación de la pretensión tercera subsidiaria, en el sentido de adicionarla,*

incluyendo dentro de los perjuicios la cantidad de Cinco Mil Cuatrocientos Cuarenta y Tres UPAC con Seis Mil Doscientos Catorce Diez milésimas (5443.6214) de las mismas unidades a que equivalen Noventa y Un Millones Trescientos Veintinueve Mil Novecientos Diecisiete Pesos con Setenta Centavos (\$91.329.017,70), al 20 de junio de 1999 más los pagos posteriores que se han realizado, y en la forma de la modificación de la pretensión Sexta principal en el sentido adicionado.

- *Prescindimos de la pretensión cuarta subsidiaria contra Ahorramas Corporación de Ahorro y Vivienda.*

- *Prescindimos de la pretensión quinta subsidiaria contra Ahorramas Corporación de Ahorro y Vivienda.”.*

De la reforma de la demanda se corre traslado a la parte convocada la cual descurre el traslado mediante escrito presentado el día 18 de mayo y se opone radicalmente a las pretensiones de esta.

En audiencia contenida en el acta No. 11 del día 25 de mayo de 2000 se decretan pruebas.

El día 12 del mes de junio de 2000 los apoderados de las partes solicitan de común acuerdo la suspensión del proceso, la cual es aceptada por el Tribunal mediante auto No. 23 de junio 14 del año 2000 a partir del 1 de julio hasta el 31 de julio del año 2000. Por lo anterior el término de duración del Tribunal se prorroga por el término de un (1) mes.

El apoderado de la parte convocante Adolfo Vanegas Falla, doctor Oscar Alonso Giraldo Mera, presenta objeción al dictamen pericial rendido por los peritos contadores el día 9 de agosto del año 2000 al cual se le da su correspondiente trámite legal e igualmente mediante escrito presentado el día 28 de agosto del año 2000 solicita la nulidad de lo actuado a partir del auto No. 26 inclusive dictado en la audiencia celebrada el día 3 de agosto del presente año y de todas las actuaciones probatorias, ante lo cual el Tribunal previo traslado a la parte convocada decide negar por improcedente la declaratoria de nulidad, que aunque es recurrida por el apoderado de la parte convocante es sostenida por el Tribunal.

Se practicaron la totalidad de las pruebas decretadas. Y se falla dentro del término que, en razón de la suspensión antedicha, vencerá el día 28 de octubre del presente año.

Las partes alegaron de conclusión el día 26 de septiembre próximo pasado.

RELACIÓN DE PRUEBAS

PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE CONVOCANTE

I) INTERROGATORIO DE PARTE

Dr. PEDRO JOSE BENITES PONTON representante legal de FIDUCIARIA COLMENA S.A. quien no se hizo presente pero en su nombre asistió el doctor JUAN CARLOS DOMINGUEZ en su calidad de Primer suplente del Presidente el día jueves seis (6) de Abril de 2000 a las 8:30 A.M.

- Dr. MAURICIO DE JESUS SIERRA LUNA representante legal de CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA AHORRAMAS fue citado el día jueves seis (6) de Abril de 2000 a las 10:00 AM pero no compareció.

II) TESTIMONIALES

- Señor JULIAN CARDOZO ARAGON, fue citado el día viernes dos (2) de junio de 2000 a las 8:30 A.M pero no compareció.
- Señora BERTHA LUCIA GOMEZ CONCHA fue citada el día viernes dos (2) de junio de 2000 a las 9:30 A.M pero no compareció.
- Arquitecto FELIPE GARCES ARANGO fue citado el día jueves primero (1) de Junio de 2000 a las 2:30 P.M quien compareció a rendir testimonio.

III) DOCUMENTALES

OFICIOS

- Oficio a FIDUCIARIA COLMENA S.A. fue respondido el día 31 de agosto del presente año.
- Oficio a CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA AHORRAMAS fue respondido el 2 de marzo del presente año.
- Oficio a la INSTITUCION SALUD COLMENA fue respondido el día 12 de septiembre del presente año.

- Oficio a la SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA fue respondido el día 28 de agosto y radicado el día 1 de septiembre en el Centro de Conciliación.
- Oficio a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – GERENCIA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CALI, quien no dio respuesta a pesar de habersele requerido para ello.
- Oficio a la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS DE CALI, fue respondido los días 6 de junio y 5 de julio del año en curso.

IV) INSPECCION JUDICIAL

1. Inspección judicial al Edificio Balcones del Río Lili con intervención de Peritos Ingeniero y Arquitecto doctores GENARO GARCIA y ENRIQUE SINISTERRA O'BYRNE fue practicada el día 12 de junio del presente año.

PRUEBAS PARTE CONVOCADA FIDUCIARIA COLMENA S.A.

INTERROGATORIO DE PARTE

Interrogatorio de Parte con el Señor ADOLFO VANEGAS FALLA se practicó el día diez y nueve (19) de junio del presente año.

TESTIMONIALES

- CLAUDIA ROMAN, quien rindió testimonio el día lunes 10 de Abril del presente año a las 8: 30 A.M.
- MARTHA PALACIOS, quien rindió testimonio el día lunes 10 de Abril del presente año a las 9: 30 A.M.
- GABRIEL JAIME MEJIA, quien rindió testimonio el día lunes 10 de Abril del presente año a las 10: 30 A.M.

De las siguientes personas FIDUCIARIA COLMENA desistió:

- GLADYS ORDOÑEZ
- LIBIA A. VILLADA.
- JOSE A. RESTREPO.
- LUZ ELENA RICO V.
- ARMANDO HAUZER PIÑEROS

- FERNANDO PELAEZ, fue citado el día jueves 1 de junio del presente año a las 2:30 P.M. quien no asistió.

DOCUMENTALES

Los documentos aducidos por la parte convocada, según relación obrante a folios 48 y 49 (numerales 1 a 7 de la contestación de la demanda).

PRUEBAS PARTE CONVOCADA

CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA AHORRAMAS

DOCUMENTALES

Los documentos aducidos por la parte convocada, según relación obrante a folios 13 de la contestación de la demanda.

PRUEBAS EN COMUN CONVOCANTE Y CONVOCADA FIDUCIARIA COLMENA S.A.

INSPECCION JUDICIAL

Inspección Judicial con intervención de peritos contadores JOSE FIDEL SANDOVAL YANETH ACOSTA fue practicada el día 14 de junio del presente año.

TESTIMONIALES

- FERNANDO VALENCIA fue citado el día dos (2) de junio de 2000 a las 11:30 A.M. quien no compareció en esa fecha, se le fijó como nueva fecha el día 19 de junio a las 3:00 quien compareció a rendir testimonio.
-
- ROBERTO E. LONDOÑO, fue citado el día viernes dos (2) de junio del presente año a las 10:30 A.M quien compareció a rendir testimonio.
- MARIA E. SARDI U. , fue citada el día jueves primero (1) de junio del presente año a las 2:00 P.M. quien compareció a rendir testimonio.

CAPITULO SEGUNDO

ACERVO PROBATORIO

Aunque no se ha indicado cuál es la causal de “invalidez”, ni cuales los vicios del consentimiento que afectarían los Contratos a los cuales se contrae esta controversia, el Tribunal encuentra, sin mayores consideraciones, que el propósito perseguido por “El Constituyente” y “Convocante”, señor Adolfo Vanegas Falla, no se cumplió porque el Edificio del cual forman parte los Garajes y el Apartamento de su propiedad, se encuentra inconcluso y sin terminar la unidad específica adquirida por el Demandante.

También encuentra que, por medio de la Escritura No. 6204 de 8 de septiembre de 1.994, otorgada en la Notaría Tercera de esta ciudad de Cali, se celebró el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de tipo Administración Inmobiliaria y simple administración de recursos y pagos de que da fé el citado Instrumento Público. Destaca El Tribunal algunas de sus estipulaciones :

“1o.-) x : La responsabilidad y funciones de LA FIDUCIARIA se limitan expresamente a recibir y administrar adecuadamente el inmueble, los documentos y recursos necesarios para el desarrollo del proyecto, enajenar y recibir el precio de las enajenaciones y entregar el beneficio a quien corresponda, según los respectivos contratos e instrucciones y permitir el proceso de construcción, pero sin adquirir responsabilidad alguna sobre el mismo, ya que LA FIDUCIARIA actuará en desarrollo de instrucciones impartidas por el GRUPO FIDEICOMITENTE A Y EL FIDEICOMITENTE B de acuerdo con lo estipulado en este instrumento público y los CONSTITUYENTES de acuerdo con lo estipulado en los contratos individuales de Fiducia Mercantil y los Organismos contractuales competentes. En el ejercicio de sus funciones LA FIDUCIARIA únicamente actuará bajo las expensas y precisas instrucciones del órgano contractual competente y dentro del marco de responsabilidades y gestiones establecido en este Contrato. Xi : En el modelo de contrato individual de Fiducia Mercantil por celebrarse con LOS CONSTITUYENTES, se estipulará la creación y reglamentación de los órganos del proyecto tales como : la asamblea de constituyentes, que es el órgano máximo del proyecto, quien rectificará la firma R. G. M. LTDA. como Gerente de Proyecto, el Comité Directivo, el Interventor, el Gerente del Proyecto, será quien suscriba los contratos de interventoría y construcción por cuenta y riesgo y bajo la exclusiva responsabilidad de LOS CONSTITUYENTES, de acuerdo a las instrucciones

impartidas por la Asamblea de Constituyentes o a través de dichos órganos LOS CONSTITUYENTES adoptarán las decisiones necesarias para el desarrollo del proyecto y ejercerán las funciones de vigilancia y control que les correspondan . xii. EL GRUPO FIDEICOMITENTE A y EL FIDEICOMIENTES B asistirán por derecho propio, con voz y voto, a las reuniones de la asamblea de CONSTITUYENTES, derecho que quedará expresado en cada uno de los contratos individuales de Fiducia Mercantil. Que celebre la Fiduciaria con cada uno de los CONSTITUYENTES.(Subraya el Tribunal).

En desarrollo del marco anterior, el señor Adolfo Vanegas Falla suscribió la Escritura No. 6.288 de 9 de septiembre de 1.994, otorgada en la misma Notaría Tercera de Cali, por medio de la cual, y a través de Apoderada, celebró el Contrato de Fiducia Mercantil cuyo texto aparece en el mencionado Instrumento.

Destaca el Tribunal los siguientes apartes :

“2.-) El presente contrato es accesorio del suscrito entre JOSE ALFREDO RESTREPO ECHEVERRY, FERNANDO PELAEZ RIOS, ENITH REINA RAMOS, PATRICIA CARDOZO ARAGON, DIEGO DUQUE RIVERA, JUAN CARLOS DUQUE HENAO y PEDRO PELAEZ RIOS como grupo FIDEICOMITENTE A, CONSTRUCTORES INMOBILIARIOS LTDA. C.I. PROYECTOS como FIDEICOMITENTE B y FIDUCIARIA COLMENA S.A. y constituye un contrato de Fiducia de inversión, con destinación específica al proyecto de construcción previsto en dicho contrato denominado EDIFICIO BALCONES DEL RIO LILI ubicado en la carrera 101A CON CALLE 13 esquina de la actual nomenclatura urbana de Cali, el cual consta de cinco (5) pisos, con tres (3) unidades por piso desde el segundo al cuarto piso y dos unidades en el primero y en el quinto piso para un total de 13 unidades, dos parqueaderos de visitantes y 22 parqueaderos privados, el primer piso contará con salón comunal, conserjería y ascensor.

PRIMERA.- APROBACION POR PARTE DEL CONSTITUYENTE : EL CONSTITUYENTE se obliga a conocer y estudiar en todas sus partes todos los planos y documentos referentes al proyecto o programa de construcción y en especial lo siguiente : 1.1) Contrato de Fiducia contenido en la Escritura Pública número 6204 de septiembre ocho (8) Notaría Tercera (3a.) de Cali de 1.994. 1.2) Planos y

diseños arquitectónicos.- 1.3) Estudio y cálculo de suelos.- 1.4) Cálculos y diseño de cimentación y estructura. 1.5) Diseños y planos de las instalaciones hidráulicas y sanitarias. 1.6) Diseño de las instalaciones eléctricas y telefónicas. 1.7) Presupuesto general preliminar, programa y flujo de fondos del proyecto.

PARAGRAFO.- Se hace constar que LA FIDUCIARIA no tiene intervención directa en la construcción del proyecto por ser otro el objeto tanto del contrato de Fiducia de Administración Inmobiliaria mencionado con anterioridad, como del contenido en el presente documento, dejando expresa constancia que la FIDUCIARIA asume obligaciones de medio y no de resultado, por lo cual no garantiza que los costos finales del proyecto correspondan a los inicialmente presupuestados. (Subraya el Tribunal).

DECIMA TERCERA.- RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA.- LA FIDUCIARIA responderá hasta la culpa leve en el cumplimiento de sus gestiones, dejando expresa constancia que FIDUCIARIA asume obligaciones de medio y no de resultado, por lo cual, no garantiza que los costos finales del proyecto correspondan a los inicialmente presupuestados, como tampoco garantiza la construcción del proyecto por no ser esta su función en el presente contrato, por lo cual no asume responsabilidad por los plazos de entrega, por la estabilidad de la obra, calidad de la misma, reparaciones locativas, dado el límite de la gestión que en este contrato se encarga. (Subraya el Tribunal. DECIMA SEPTIMA.- ORGANOS DEL PROYECTO.- El Fideicomiso tendrá los siguientes órganos, quienes tendrán toda la responsabilidad para la construcción y desarrollo del proyecto. Asamblea de Constituyentes, Comité Directivo, el Interventor y el Gerente del Proyecto.(Subraya el Tribunal). A través de dichos Órganos EL GRUPO FIDEICOMITENTE A Y EL FIDEICOMITENTE B y los CONSTITUYENTES adoptarán las decisiones necesarias para el desarrollo de la construcción y la ejecución del presente fideicomiso y ejercerán las funciones de control y vigilancia.

En desarrollo de las previsiones consagradas en las dos (2) Escrituras antes mencionadas, la Asamblea de Constituyentes celebró su primera reunión el día 9 de septiembre de 1.994 y en ella autorizó la celebración de los Contratos de Prestación de Servicios de Gerencia, el cual fue convenido con “R.C.M. Gerencia e Interventoría Ltda.” y firmado por el Gerente de esta Compañía y Roberto Eduardo Londoño Torres, en representación legal de la Asamblea de Constituyentes del Contrato Fiduciario . Este convenio aparece con fecha 9 de septiembre de 1.994.

“CON LA COMPAÑIA DE ESTUDIOS DE SUELOS Y DE CONSULTA CESCO LTDA.”, se suscribe el día 3 de octubre de 1.994, el contrato en virtud del cual la mencionada Sociedad se obliga a cumplir la Interventoría previa, técnica, administrativa y contable del proyecto “Edificio Balcones del Río Lili”. Finalmente con la Sociedad “Constructores Inmobiliarios Ltda. C.I. Proyectos”, se celebra el día 3 de octubre de 1.994, el Contrato de construcción del “Edificio Balcones del Río Lili”. Pocos Contratos resultan tan pródigos, minuciosos y casuísticos como los convenios a que hacemos referencia, todos los cuales fueron, como ya se expresó, autorizados por la Asamblea de Constituyentes celebrada el día 9 de septiembre de 1.994.

Las Escrituras 6204 y 6288 de 8 y 9 de septiembre de 1.994, otorgadas en la Notaría Tercera de Cali, no sólo precisan los derechos de los Constituyentes y las obligaciones de la Fiduciaria, sino que dejan en cabeza de los primeros, toda la responsabilidad de la construcción, su manejo y control pero, adicionalmente, excluyen cualquiera y toda responsabilidad de la Fiduciaria respecto de estos mismos temas.

La Ley obliga no sólo al examen de las diversas pruebas practicadas si no a armonizar unas y otras para sacar una conclusión final.

El día dos (2) de junio del año en curso, el señor Roberto Eduardo Londoño quien fuera Presidente del Comité de Constituyentes, declaró bajo la gravedad del juramento y de su extenso y muy honesto dicho, sólo se deduce que firmó unos documentos que, en unos casos no había leído; en otros lo había hecho pero sin análisis de los mismos y que en todas las ocasiones procedió creyendo que “Fiduciaria COLMENA S.A.”, tenía que cumplir todas las obligaciones que, en virtud del Contrato inicial de “Fiducia” (Escritura 6204) y en los adicionales, para el caso del Convocante, (Escritura 6288), estaban a cargo de los mismos Constituyentes, en cabeza de la Asamblea que ellos integraban : del Comité Directivo, el Interventor y el Gerente.

Sorprende, por decir lo menos, que personas del nivel cultural de la Doctora María Emilia Sardi, quien, bajo la gravedad del juramento declaró el día 1o. de junio del año en curso, coincidan en forma absoluta sobre la manera en que manejaron sus intereses en la construcción del “Edificio Balcones del Río Lili” .

Del interrogatorio absuelto por el señor ADOLFO VANEGAS FALLA el día 19 de junio del presente año se concluye:

1a.-) El convocante suscribió su Contrato individual de Fiducia contenido en la Escritura 6288 de 9 de septiembre de 1.994 de la Notaría Tercera de Cali sin conocer el Contrato matriz, vertido en la Escritura 6204 de 8 de septiembre de 1.994, también de la Notaría Tercera de Cali.

2ª.-) El Convocante hace un distinguo entre lo que él considera es conocimiento de una Escritura y el estudio de la misma, según consta en lo transcrito.

3ª.-) El Convocante afirma que no estuvo de acuerdo, por las razones que expuso, con lo resuelto en las Asambleas de Constituyentes; y finalmente, declara que firmó la Escritura 3537 de 13 de agosto de 1.996, de la Notaría Séptima de Cali, por medio de la cual “Fiduciaria COLMENA S.A.” le transfiere los derechos de dominio y posesión sobre el Apartamento No. 503 y los Garajes números tres (3) y cuatro (4) del “Edificio Balcones del Río Lili”, porque la doctora Claudia Román lo obligó; lo coaccionó a que la firmaran.....” **puesto que de no firmarla, incurriría en serios problemas.**

Como colorario de la confesión del Convocante, este Tribunal tiene que señalar que firmar el Contrato individual de Fiducia, sin conocer el Contrato matriz o haberlo firmado, conociéndolo pero sin haberlo estudiado, no son vicios del consentimiento ni causales de invalidez de ningún convenio bilateral, lejos de ello, constituyen una actitud culpable de quien así proceda.

Considera también el Tribunal que, es clara la Ley cuando un partícipe no está de acuerdo con las decisiones tomadas por la Asamblea correspondiente y que, para impugnar las decisiones a que haya habido lugar, confiere al Interesado un término de dos (2) meses para que proponga la acción prevista por el Legislador. Quien no impugne la decisión de una Asamblea en forma expresa, tácticamente la acepta y en opinión del Tribunal, así lo hizo el Convocante.

Finalmente, los integrantes del Tribunal tuvimos oportunidad de escuchar al señor Adolfo Vanegas Falla al absolver el Interrogatorio de Parte, que le fue propuesto por el Apoderado de la Parte Convocada, y encontramos a un hombre culto, de clara

inteligencia y con conocimientos y forma de expresión superiores al ciudadano promedio.

Lo anterior no significa que no hubiera podido ser presionado por la doctora Claudia Román como afirma pero, dentro del expediente, su dicho sobre este particular aparece absolutamente huérfano de todo respaldo probatorio y, por lo demás, la mera presión no vicia el consentimiento; al tenor del artículo 1513 del Código Civil.

Dentro de la prueba testimonial aparece la declaración del Arquitecto Felipe Garcés Arango, recibida el 1o. de junio del año en curso, quien se limita a explicar los estudios que practicó y los informes que envió al Convocante, pero aclarando que desconoce todos los demás antecedentes del negocio.

El 10 de abril, también del año en curso, se recibió el testimonio de Claudia María Román, empleada de la Fiduciaria Convocada y quien se limita a decir que todas las actuaciones de “FIDUCIARIA COLMENA S.A.” se ciñeron al contrato y a las Leyes que regulan la materia.

En los mismos términos absolvió el interrogatorio de parte que le fue formulado, el doctor Juan Carlos Domínguez Gutiérrez, Representante Legal de “ FIDUCIARIA COLMENA S.A.” y dentro de la Audiencia celebrada el 6 de abril del 2.000.

Fernando Valencia Arias, quien fuera Gerente del Proyecto rinde testimonio el 19 de junio del año 2.000 pero se limita a hacer recuento de lo sucedido justificando sus actuaciones personales y las de la Compañía con quien se celebró el Contrato de Gerencia; tampoco aporta ninguna luz el dicho de Gabriel Jaime Palacio, recepcionado el 10 de abril del año 2.000.

INFORMES DE LA FIDUCIARIA

Se argumenta en la demanda que dió origen a este proceso, que la Convocada, no cumplió la obligación de llevar la contabilidad y rendir los informes correspondientes a los constituyentes.

En la cláusula décima, Numeral 5o., de la escritura 6204 se estipula como obligación de la Fiduciaria :

“5) Llevar la contabilidad del negocio fiduciario siguiendo los principios consagrados en la Ley. 6) Rendir cuentas finales de su gestión a EL GRUPO FIDEICOMITENTE A, al FIDEICOMITENTE B y bimensuales a los Constituyentes a través del Comité Directivo. PARA GRAFO.- Para efectos de la rendición de cuentas LA FIDUCIARIA entregará un balance escrito esto es, el último remitido a la Superintendencia Bancaria, junto con el estado de resultados y un informe que tendrá el monto de los dineros Fideicomitados, giros realizados, rendimientos obtenidos, gastos del presente negocio y demás informes necesarios y relevantes de acuerdo con la circular externa 06 de 1.991 de la Superintendencia Bancaria, sin perjuicio del envío del extracto mensual del fondo común ordinario COLMENA, siempre que el patrimonio autónomo mantenga recursos invertidos bajo este sistema.”. La estipulación anterior se repite en la Escritura No. 6.288 de 9 de septiembre de 1.994, de la misma Notaría Tercera de Cali, en la Cláusula Segunda y bajo el numeral 2.16.

El Tribunal encuentra que la afirmación del convocante de que Fiduciaria Colmena nunca rindió cuentas se encontraba desvirtuada dentro del proceso. En efecto:

1. Doña María Emilia Sardi en la declaración a que ya se aludió antes, acepta que la Fiduciaria enviaba informes y balances.
2. El señor Roberto Eduardo Londoño, en su declaración de julio 2 del 2.000 también acepta que “COLMENA” rindió cuentas, “..... si rendir cuentas se llama pasar unos informes”.
3. A su turno el doctor Juan Carlos Domínguez Gutiérrez, Representante de “COLMENA”, en su interrogatorio de 6 de abril del año en curso, afirma que la compañía que representa pasó los informes a que se había comprometido.
4. Fernando Valencia Arias, quien fuera Gerente del Proyecto, también acepta que dichos informes se rindieron ; pero, la prueba más significativa sobre su existencia, es el dictamen rendido por los Peritos Contadores quienes afirman que :
5. “ La rendición de cuentas de la fiduciaria se limitaba a detallar la relación de los reembolsos efectuados a los fondos rotatorios y a presentar copias de los estados financieros.

Teniendo en cuenta que los informes presentados por la FIDUCIARIA COLMENA S.A. eran los estados financieros y la relación de pagos efectuados a los fondos rotatorios con corte a determinada fecha, tal como se especifica en cuadro anterior, podemos concluir que los informes presentados no obedecen a la normatividad establecida en la circular 06 de la Superintendencia Bancaria de Colombia”.

Como el Dictamen Pericial se refiere a una posible discrepancia entre los informes Financieros presentados y la circular 06 de 1.991 de la Superintendencia Bancaria, a solicitud del Apoderado de la Convocada, los aludidos Peritos aclararon que su afirmación “..... no obedece a lo establecido para el Contrato de Fiducia de Inversión con destinación específica”. (Subraya el Tribunal).

Se cuestionan también en el libelo inicial los créditos obtenidos de “Salud COLMENA S.A.” y “AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA S.A.”.

Como está estipulado en el Contrato matriz y en el individual suscrito por el Convocante, la consecución de créditos y el otorgamiento de garantías para respaldarlos, son hechos que aparecen previstos en los documentos que reglamentaron las relaciones entre la Fiduciaria y los Constituyentes. Pero, sin perjuicio de lo anterior, resulta absolutamente claro que quedaron establecidos los denominados Órganos, que tenían por objeto autorizar los diferentes actos a que hubiere lugar.

El crédito con “SALUD COLMENA S.A.” fue conseguido y pactado dentro de los parámetros previstos en los documentos de creación y reglamentación del Fideicomiso y debidamente autorizado por el órgano correspondiente. Lo mismo tiene que afirmarse sobre el crédito con Garantía Hipotecaria, contratado con “AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA”.

Respecto de este último, no puede el Tribunal dejar de recalcar que, no solamente su consecución fue prevista y aprobada si no que, en el caso específico de “El Convocante”, señor Adolfo Vanegas Falla aparece la Escritura No. 3.537 de 13 de agosto de 1.996, por medio de la cual Fiduciaria “COLMENA” le hizo transferencia del apartamento 503 y de los garajes números tres (3) y cuatro (4) del “Edificio Balcones del Río Lili”, documento por medio del cual “El Convocante” a través de su

Apoderada Especial señora Inés Falla de Vanegas, constituyó hipoteca a favor de la “CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA “ ya citada y ratificó todas las actuaciones de la Fiduciaria, declarándola a paz y salvo consigo mismo.

El Tribunal reitera que no se ha indicado cual sería la causa legal que generaría la invalidez de este acto jurídico, en lo que respecta al Contrato de mutuo con Garantía Hipotecaria y que, tampoco se han señalado, específicamente, los vicios del consentimiento que podrían generar su posible nulidad.

INSPECCION JUDICIAL

El día 12 de junio del año en curso, el Tribunal; los Peritos designados para ello y los Representantes de las Partes que concurrieron, practicaron la Inspección Judicial al “Edificio Balcones del Río Lili”, cuyo relato aparece en el expediente.

Como se escribió al iniciar este capítulo de Análisis probatorio, todos los asistentes pudieron comprobar que el Edificio mencionado está inconcluso y sin terminar el apartamento transferido al Convocante, don Adolfo Vanegas Falla.

El dictamen Pericial rendido por el ingeniero y el arquitecto que actuaron como Auxiliares de la Justicia, está incompleto porque estos no recibieron los documentos necesarios para completar su experticio, pero sí indica cual sería el costo de terminación de las obras y pone de presente un incumplimiento.

Se cuestiona también la inversión del dinero aportado por los Constituyentes y aquél que fuera fruto de las operaciones del crédito celebradas con “SALUD COLMENA S.A.” y “AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA S.A.”.

El Tribunal debe reiterar que, los Contratos celebrados para la Gerencia del Proyecto; la construcción del edificio y la Interventoría, son minuciosos hasta el casuismo y que, si estos Contratantes y los Órganos establecidos en la Escritura matriz y en la individual del Fideicomiso, hubieran actuado correctamente y cumplido a cabalidad las funciones correspondientes, Don Adolfo Vanegas Falla no hubiera tenido que recurrir a la convocatoria e integración de este Tribunal de Arbitramento.

Esta conclusión está ratificada en el dictamen pericial rendido por los contadores que actuaron como Auxiliares de la Justicia y en el cual dan fe de que, todos y cada uno de los pagos hechos por la Fiduciaria correspondieron a cuentas o solicitudes de reembolso autorizadas por la gerencia y el Interventor y acompañadas de los correspondientes documentos de sustentación.

No puede este Tribunal, porque le está vedado por la Ley, insinuar siquiera quienes pueden ser los responsables de las falencias presentadas en desarrollo de la construcción del “Edificio Balcones del Río Lili”, calificado como un magnífico proyecto y como una fracasada realización.

Resulta encomiable el esfuerzo cumplido por los Procuradores Judiciales del Convocante, señor Adolfo Vanegas Falla, quienes lograron traer al proceso, minuciosamente aportada, la historia previa a la construcción del Edificio; el desarrollo de esta construcción, en lo referente a la intervención de las Empresas Municipales de Cali; los antecedentes y desarrollo de los créditos contratados por las Entidades financieras que, facilitaron, parcialmente, el dinero destinado para la construcción del Edificio.

Lamentablemente no todo el esfuerzo de los aludidos profesionales fructificó por cuanto, parte de la evidencia que quisieron allegar, no pudo encontrarse por reposar en los archivos de la desaparecida Compañía constructora o encomendada a la Gerencia o Interventoría del Proyecto y otra parte no resultó apropiada para demostrar responsabilidad alguna de la Fiduciaria y si alguien entregó dineros destinados a financiar el proyecto al Gerente o a otra persona y no a la Fiduciaria, incumplió flagrantemente el contrato que ordena que los pagos debían de hacerse exclusivamente a ésta.

Sea el momento de destacar que el convocante demandó la nulidad de los contratos de Fiducia de Inversión (Escritura de 9 de septiembre de 1994 de la Notaria Tercera de Cali) y de transferencia de dominio e hipoteca (Escritura 3537 de 13 de agosto de 1996 de la Notaria Séptima de Cali) y también – en subsidio- la resolución del primero de los contratos citados, pero no la resolución del segundo de ellos.

CAPITULO TERCERO

Procede ahora el Tribunal a decidir sobre la controversia planteada, con base en las siguientes consideraciones:

LAS PRETENSIONES PRINCIPALES Y OBJECIONES AL DICTAMEN PERICIAL.

Decide ante todo el Tribunal sobre las Pretensiones Principales de la Demanda, o sea LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CONTENIDOS EN LAS ESCRITURAS NUMEROS 6288 de septiembre 9 de 1994, otorgada en la Notaría Tercera de Cali, y 3537 de agosto 13 de 1996, corrida en la Notaría Séptima de la misma ciudad, en orden a lo cual considera:

PRIMERO.- Cuandoquiera que un particular, sintiéndose lesionado por la celebración de un contrato, alega un defecto del mismo que permita solicitar ante Juez competente su declaración de nulidad o invalidez, deberá especificar ante todo, clara e inequívocamente, LA CAUSAL LEGAL CONCURRENTES CON EL CONTRATO QUE LO HAYA AFECTADO DE NULIDAD. Se dice CONCURRENTES, porque todas las causales de NULIDAD, por su misma naturaleza, deben ser PREVIAS o COETÁNEAS con la celebración del contrato cuya anulación se impetra.

Y es que en materia tan delicada no cabe disparar al aire, porque pedir la NULIDAD EN ABSTRACTO, y sin indicar- específicamente- una o más causales que la ameriten, a más de implicar una omisión procedimental evidente, genera un vacío jurídico que el juez de la causa no puede, en principio, llenar, corrigiendo una falla del libelo de demanda para identificar y resolver sobre la eventual ocurrencia de una o más de las causales de invalidez que la ley taxativamente enumera como tales.

SEGUNDO.- En adición a su enunciado claro y preciso, y como las causales de nulidad no se presumen, es de rigor que el demandante, para poder obtener su declaración, DEBA RELACIONAR Y PROBAR LOS HECHOS GENERADORES O CONSTITUTIVOS DE LA CAUSAL. O sea demostrar que lo ocurrido en el caso concreto, el contrato cuya nulidad se demanda, coincide con las previsiones del legislador en esta materia.

TERCERO.- La demanda presentada por el convocante, bien extensa por cierto, hace en los HECHOS de la misma una larga y detallada relación de acontecimientos y circunstancias referibles a los contratos impugnados, contemporáneos unos con su celebración y los demás, en su mayor parte, POSTERIORES a las escrituras antes mencionadas y, por ello mismo, imposibles de asimilar a causal alguna de nulidad, la cual- como ya se dejó sentado- debe por fuerza ser ANTERIOR o SIMULTANEA con la celebración del contrato cuya anulación se solicita. Y en cuanto a los HECHOS CONTEMPORÁNEOS con el nacimiento de éste, ninguno aparece relacionado con causal alguna de las nulidades que la ley taxativamente autoriza declarar.

Ello por lo que toca con los HECHOS de la demanda.

CUARTO.- Tampoco en los FUNDAMENTOS del libelo principal precisa el convocante cuál es la CAUSAL DE NULIDAD que invoca para fundamentar su pretensión de declaración de invalidez. Se encuentra así de nuevo el Tribunal con idéntico vacío al que se observa en la relación de los HECHOS.

A juicio del Tribunal esta doble omisión hubiera bastado, en principio, y sin necesidad de análisis adicional alguno, para desestimar “in limine” la PRETENSIÓN PRINCIPAL, declaración de nulidad de los actos jurídicos celebrados entre las partes. Ello no obstante, y por cuanto entre los FUNDAMENTOS EN DERECHO el convocante cita, entre muchas otras normas y preceptos, el TITULO DECIMO DEL LIBRO CUARTO DEL CODIGO CIVIL, que trata sobre la nulidad y la rescisión de los contratos, el Tribunal ha optado, en guarda del máximo celo con que debe decidir el proceso, y la debida excelencia de la justicia arbitral, por hacer ante todo un análisis conceptual sobre la obligatoriedad y validez de los contratos, para definir a continuación – como remate de esta primera parte del laudo- si en el proceso que se decide aparece causal o causales algunas de invalidez que permitan despachar favorablemente esta PRIMERA PRETENSIÓN.

Ello tanto más cuanto que ordena el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 304, que la motivación de las sentencias debe incluir “los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones..... citando los textos legales que se apliquen.”.

Sea lo primero entonces recordar aquí la clásica y ya legendaria definición del artículo 1602 del Código Civil, según el cual “ Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento

mutuo o por causas legales”. Principio que los latinos, maestros inigualados del derecho, trasladaron al ámbito más amplio de las relaciones entre los pueblos, sentando aquella máxima perdurable: “Pacta sunt servanda”.

Si bien por un lado el dogma de la LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS fuerza inexorablemente y en principio a su cumplimiento, en forma que el posible arrepentimiento tardío de alguno de los contratantes no le permita desvincularse de lo estipulado, con agravio para la otra parte, por otro lado el legislador deja abierta la puerta hacia la liberación, sentando dos excepciones a la pura y dura legalidad contractual: el consentimiento mutuo, para resolver o invalidar el convenio, por cuanto en derecho “ las cosas se deshacen como se hacen”, y las denominadas “causales de nulidad” que traen los artículos 1740 y siguientes del Código Civil, que hacen parte del TITULO DECIMO DEL LIBRO CUARTO de dicho cuerpo legal, TITULO que aparece citado en los FUNDAMENTOS EN DERECHO de la demanda.

Las causales de nulidad, a su turno, y para evitar que el convenio ya celebrado y aparentemente regular, se convierta en indebida “camisa de fuerza” para el contratante lesionado, miran a que lo estipulado haya sido rodeado de tales condiciones y requisitos que su eficacia y obligatoriedad no puedan ponerse en duda. Tales condiciones no son otras que los prerrequisitos de validez que los tratadistas enumeran unánimemente así: CAPACIDAD, CONSENTIMIENTO, OBJETO Y CAUSA. Todas ellas, se recalca, anteriores o simultáneas con la celebración del contrato.

Solo quien sea legalmente capaz puede obligarse válidamente. Sólo si su consentimiento está libre de todo vicio quedará él atado por el contrato. Sólo si este versa sobre un objeto lícito y obedece a una causa lícita el contrato será “ley para las partes” . Requisitos todos ellos de obligada concurrencia en los negocios jurídicos, so pena de que ellos resulten ineficaces, no aten, no obliguen. A todo lo cual debe añadirse, tratándose de los contratos que la doctrina denomina “solemnes”, el cumplimiento de determinado o determinados requisitos de forma. Por consiguiente, cuandoquiera que uno o más de tales presupuestos no se cumplieren, el convenio aparentemente válido y regular podrá ser declarado nulo.

Bien sabido es cuáles vicios afectan el consentimiento: ERROR, FUERZA Y DOLO. Quien contrata diríase “sin correcto conocimiento” no queda obligado sino en

principio, como también quien ha sido forzado, por uno u otro medio, a contratar, asimismo quien ha accedido en virtud de ardidés o trucos que lo indujeron a engaño. Porque si bien el contrato es, según la clásica definición: “acuerdo de voluntades generador de obligaciones”, para que dicho acuerdo genere vínculos legales es menester que haya estado exento de error, libre de toda fuerza, y no inducido por el dolo.

El objeto del contrato, aquello sobre lo cual versa la expresión de la voluntad contractual, debe ser lícito- esto es, conforme a la ley- y la causa del mismo, o sea la razón o motivo que ha inducido a contratar, debe ser igualmente lícita, esto es, no estar reñida con la ley.

Finalmente, y por lo que toca a ritos de forma exigidos por la ley, y aun cuando existen los denominados contratos “consensuales”, o sea aquellos en los cuales basta con el solo acuerdo de voluntades para que se perfeccione el contrato, hay convenios respecto a los cuales la ley exige determinados requisitos de forma sin cuya concurrencia el contrato no será válido, o aun podría resultar inexistente. Son ellos los denominados “contratos solemnes”.

QUINTO.- Aplicando ahora los principios generales ya expuestos a los contratos cuya nulidad ha demandado al convocante, contenidos en las ya mencionadas escrituras 6288 de septiembre 9 de 1994 de la Notaria Tercera de Cali y 3537 de agosto 13 de 1996 corrida en la Notaría Séptima de la misma ciudad, el Tribunal observa:

- A) No cabe remitir a duda que tanto FIDUCIARIA COLMENA, persona jurídica de derecho privado, como el señor ADOLFO VANEGAS FALLA, persona natural y mayor de edad, parte dentro de los contratos atacados por el convocante, son personas plenamente capaces para contratar y obligarse.

- B) Aunque el mutuo consentimiento que campea en ambos contratos no ha sido controvertido por el convocante con la invocación específica de error que haya podido viciar tales estipulaciones, ni se adujo fuerza alguna ejercida por FIDUCIARIA COLMENA (la presunta y no demostrada presión ejercida por la doctora Claudia Román de que habló el señor Vanegas Falla en su interrogatorio quedó huérfana de pruebas) ni se alegó dolo o engaño atribuido a la convocada, el Tribunal ha considerado

conveniente- en guarda como ya se dijo de la excelencia en la administración de justicia- estudiar en detalle el punto, para que su pronunciamiento sobre las PRETENSIONES PRINCIPALES del convocante sea claro, fundamentado y concluyente.

- C) Se apoya para ello el Tribunal en los artículos 1502 y siguientes del Código Civil, el primero de los cuales exige como requisitos imprescindibles de la validez de los contratos la capacidad, el consentimiento libre de vicios, el objeto lícito y la causa igualmente lícita. Mientras los artículos 1508 y siguientes preceptúan sobre los vicios del consentimiento antes mencionados, distinguiendo en materia de error entre error de derecho y error de hecho, para precisar primera y fundamentalmente, que “El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento” (art. 1509), y que el error de hecho vicia el consentimiento “cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación, o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata (art. 1510)”, y también “cuando la sustancia o calidad del objeto sobre que versa el contrato es distinta de lo que se cree” (art. 1511).

La fuerza por su parte, no vicia el consentimiento “sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio” (art. 1513) y el dolo, a su turno, lo vicia sólo cuando “es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no se hubiera contratado” (art. 1515).

No aparece prueba alguna en el proceso de que el convocante hubiera contratado con FIDUCIARIA COLMENA incurriendo en error sobre la naturaleza del acto jurídico celebrado entre ellos, ni forzado a ejecutarlo, ni tampoco llevado a comprometerse en razón de maniobra o maniobras dolosas ejecutadas por FIDUCIARIA COLMENA.

- D) Respecto al objeto y la causa de los negocios jurídicos que se controvierten, el contrato de Fiducia Mercantil es un contrato no solamente lícito (recuérdese que los particulares pueden celebrar todos aquellos actos y contratos no prohibidos expresamente por la ley, principio sagrado de la libertad contractual) sino que bien al contrario es un

contrato expresamente autorizado y regulado por el legislador (arts. 1226 y siguientes del Código de Comercio), el cual además exige para su validez la formalidad de la escritura pública “registrada según la naturaleza de los bienes” (art. 1228 ibidem). La licitud del objeto, en este caso, hace presumir la licitud de la causa, presunción que no aparece desvirtuada en los autos. Las partes contratantes, además, cumplieron plenamente el rito de la escritura pública y su registro posterior, imperativo dada la naturaleza de los bienes involucrados.

Es claro entonces que los negocios jurídicos atacados por el convocante versaron sobre un objeto lícito, tuvieron causa lícita, fueron celebrados por personas plenamente capaces y cuyo consentimiento, además, no aparece viciado por causa alguna, consentimiento que se expresó con la plenitud de las formalidades exigidas por la ley. Sin que obre prueba alguna en los autos demostrativa de incapacidad, vicio alguno del consentimiento, ilicitud del objeto o de la causa.

Dispone perentoriamente el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Principio que el aforismo latino resume con magistral brevedad: “Onus probandi incumbit actori”.

Fuerza es concluir entonces que las PRETENSIONES PRINCIPALES de la demanda no pueden prosperar, por la doble razón de no haberse precisado por el convocante la causal o causales de nulidad en que han debido apoyarse aquellas, y por cuanto tampoco aparecen en los autos demostrados los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico de la nulidad de los contratos, a fin de invalidar sus efectos y dejar sin aplicación la legalidad pura y desnuda de que antes se hizo mención.

Mas como en su alegato de conclusión la parte convocante insistió en solicitar la nulidad, ahora con base en la circunstancia de que cuando se celebró el contrato de Fiducia de inversión entre FIDUCIARIA COLMENA y don ADOLFO VANEGAS FALLA no estaba aun registrado el contrato básico o matriz de Fiducia, el Tribunal estima que tal circunstancia en nada afecta, ni podía afectar, el vínculo contractual

entre Fiduciaria y Convocante, ya que el objeto del contrato de Fiducia de inversión no era la transferencia del derecho de dominio sobre el apartamento 503 del Edificio Balcones del Río Lili. Y ello tanto mas cuanto que, en las voces del artículo 1871 del Código Civil, la venta de cosa ajena vale. De manera que aun en la hipótesis de que el contrato de Fiducia de inversión estuviera llamado a producir transferencia de dominio sobre el apartamento en mención – lo que implicaría un desconocimiento craso de su naturaleza- la falta de registro previo del contrato matriz en nada hubiera podido minar la validez del contrato de Fiducia de inversión.

LAS OBJECIONES AL DICTAMEN PERICIAL CONTABLE

En escrito presentado el día 9 de agosto del año en curso el apoderado de la parte convocante objetó, dentro del término del traslado correspondiente, el dictamen pericial rendido por los contadores señor José Fidel Sandoval y señora Janedt Acosta porque, a su juicio, los peritos extendieron su dictamen a temas jurídicos al opinar sobre las cláusulas 20.1.21 y 20.1.10 del “contrato de Fiducia suscrito por cada uno de los adherentes” y porque además los peritos “deducen que ha de entenderse como ente económico para el caso a la firma R.M. Ltda.”, y por cuanto dichos puntos “solo son materia de valoración por parte del Juez”.

Es evidente entonces que la inconformidad del convocante respecto al dictamen pericial en referencia procede de que – en su concepto- los peritos se extralimitaron al opinar sobre puntos de derecho “en cuanto a que dichos puntos solo son materia de valoración por parte del juez, en este caso el Honorable Tribunal de Arbitramento, a quien los peritos pretenden usurparle su función de juzgamiento”.

Sea lo primero anotar que el objetante no afirmó en ningún momento, en su memorial de objeciones, que se hubiera incurrido en ERROR, y ERROR GRAVE, en el dictamen que objeta. Se limitó en cambio a censurar en él una presunta “extralimitación de funciones” por parte de los peritos contadores.

Ahora bien. El código de Procedimiento Civil, en su artículo 238, autoriza a las partes, con relación al dictamen pericial, para pedir “que se complemente o aclare”, como también para “objectarlo por error grave (subraya el Tribunal)”. De donde resulta que la experticia solo puede ser objetada por ERROR, y no por cualquier tipo

de error, sino concreta y específicamente por ERROR GRAVE, imponiendo además al objetante la carga de precisar el ERROR, y de pedir “las pruebas para demostrarlo” (Art. 238 ibidem numeral 5).

En el caso presente el objetante no precisó ERROR GRAVE alguno en que hubieran podido incurrir los peritos, ni solicitó prueba alguna para demostrarlo, sino que se limitó a expresar su inconformidad o discrepancia sobre el texto del peritazgo, razón por la cual el Tribunal nada tiene que decidir al respecto, como que no cabe pronunciamiento judicial alguno sobre materia inexistente. Sin que sobre agregar que si la mera inconformidad de alguna de las partes con la prueba pericial –rara vez ocurre que ambas queden satisfechas con las conclusiones de los peritos- fuera causa suficiente para objetarla, la ley procedimental estará así abriendo la vía para hacer írrita la prueba pericial, o bien facilitando por tal camino el alargamiento indebido del proceso, en contravía del desideratum de la “pronta y debida justicia”.

Finalmente, no sobra agregar que las conclusiones de los peritos contadores no influyen ni podrán influir, en las disposiciones del laudo, dado que el convocante centró en la demanda y su corrección la controversia sobre puntos de derecho sustantivo.

CAPITULO CUARTO

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Quedaron ya consignadas las pretensiones subsidiarias en los antecedentes de este laudo.

Bajo este marco y el de la excepción de CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DE FIDUCIARIA COLMENA S.A., el Tribunal hará el análisis, para dirimir en forma definitiva la controversia, advirtiendo la necesidad de atemperarse a este respecto a los conceptos y principios jurídicos tanto de orden sustantivo como procedimental, que a continuación se exponen.

El debate está gobernado por dos conceptos de orden sustantivo: el Contrato de Fiducia Mercantil y su naturaleza jurídica y el de la Resolución de los Contratos y uno de carácter adjetivo: el de Congruencia, principio este determinante en materia procesal civil y arbitral, como quiera que el laudo debe proferirse sobre los puntos sujetos a la decisión arbitral y no puede concederse más de lo pedido, de acuerdo con

lo prescrito en los artículos 305 del Código de Procedimiento Civil y 163 numerales 8 y 9 del decreto 1818 de 1998, quienes lo erigen como causal de anulación.

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

En sendos y sesudos memoriales, los apoderados de las partes contendientes definieron, ayudadas de la doctrina, la jurisprudencia y la ley, el concepto del contrato de fiducia mercantil, coincidiendo como marco general, con lo expresado por el Código de Comercio, en el inciso primero del artículo 1226, que lo define como “un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

Salta entonces a la vista, la existencia de tres elementos que estructuran la figura: 1. Un fideicomitente o constituyente, que transfiere bienes dándole unas instrucciones de administración a otro, en su provecho o de un tercero. 2. Un fiduciario, quien recibe del primero la transferencia de unos bienes, con el encargo de administrarlos y 3. La existencia de bienes objeto de la transferencia, con los que se cumplirá el encargo de administrarlos o enajenarlos, denominada por la doctrina como objeto del contrato.

De acuerdo con nuestra legislación en materia de negocios fiduciarios, sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios, como lo expresa perentoriamente el inciso segundo de la norma transcrita.

Como consecuencia de la transferencia del dominio del bien, hecha por el fideicomitente al fideicomisario, se conforma un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo y deberá mantenerse separado del resto del activo del fiduciario, todo lo cual, lo expresa con claridad el artículo 1223 de nuestro estatuto comercial.

Además de sus elementos estructurales, tiene este negocio jurídico la característica de ser oneroso, principal, conmutativo, unilateral o bilateral y solemne.

ESPECIES O MODALIDADES

A efectos de acercarnos al diferendo que se ha planteado entre las partes contendientes, es necesario despejar dudas acerca de la naturaleza jurídica del contrato de Fiducia Mercantil, dado que el desarrollo de las relaciones comerciales, ha dado origen a número grande de especies derivadas de la definición original, que

las legislaciones han adoptado paulatinamente, pero que respetan la voluntad de las partes, siempre que no contraríen el orden económico o vayan en contra de los derechos de quienes no siendo propietarios del poder económico de las entidades financieras, utilicen sus servicios, evitando la desproporción negocial, para lo cual el estado interviene a través de la policía administrativa, entre nosotros la Superintendencia Bancaria.

En ese orden de ideas, nació el Estatuto del Sistema Financiero, encargado de regular las relaciones entre el Estado, y quienes se dedican profesionalmente al manejo del ahorro privado y público y los ciudadanos y personas jurídicas usuarias del sector de las finanzas,

Tenemos entonces algunas especies de contratos de fiducia, reguladas por el estatuto financiero, sin descartar que sean estas las únicas y que las partes puedan celebrar negocios jurídicos, no definidos dentro del estatuto. Entre los regulados tenemos el de inversión, el de garantía, de administración, de seguros, inmobiliario, públicos o de desarrollo y manejo de fondos oficiales, pensionales, etcétera.

De estas especies generales, pueden las partes sin temor a violar la ley, pactar libremente negocios de fiducia, que puedan brindar garantías a sus relaciones comerciales o a su voluntad, como sucede cuando una persona desea una vez fallezca, se cumpla su voluntad y puede utilizar una entidad fiduciaria, para que de cumplimiento a su querer.

RESOLUCION DE LOS CONTRATOS

Institución regulada entre nosotros por los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, existiendo entre los dos variables, dada la antigüedad del primero en relación con el segundo, fruto de una mayor evolución, señalando el primero lo siguiente:” En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”. Nuestro estatuto mercantil lo define de la siguiente manera: “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios o hacer efectiva la obligación con indemnización de perjuicios moratorios”.

Es entonces la acción resolutoria algo propio de los contratos bilaterales y nacerá a la vida jurídica en el evento de incumplimiento de las obligaciones por cualquiera de las partes contratantes. También existe la posibilidad de la aplicación de la acción

resolutoria, por el incumplimiento defectuoso de las obligaciones de forma tal que sea de magnitud suficiente, para afectar la economía del contrato.

Es entonces una pretensión creada a favor del contratante cumplido en contra de quien no lo es, dándole una alternativa, la de exigir la resolución del contrato o su cumplimiento con indemnización de perjuicios.

La acción resolutoria es la resolución legal del contrato, requiere de declaratoria judicial, por causas posteriores a su celebración, de acuerdo con el comportamiento contractual de las partes o por la imposibilidad de cumplirlo, cuando sobrevienen causas de fuerza mayor que lo impidan.

Sus características son las de tratarse de una acción personal, de un derecho patrimonial, es optativa, consecucional, puede ser acumulada a la reivindicatoria en el evento de la existencia de terceros de mala fé, está instituida a favor del contratante cumplido y es imposible su surgimiento en el evento de presentarse cumplimiento de la obligación o cumplimiento defectuoso que no lesione la economía del contrato y deja de tener vigencia potencial, cuando los contratantes deciden por acuerdo entre ellos, declarar cumplido un contrato y renunciar a futuras reclamaciones.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Merece transcribirse al tratadista Hector Fabio López Blanco, quien en su libro Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, tomo I, comenta con maestría esta institución: “ Considerando la característica esencial que tienen los derechos de acción y de contradicción, o sea, que ambos implican peticiones formuladas al estado para que éste las resuelva, lógicamente se deduce, como principio esencial de procedimiento civil, que la sentencia debe concordar con esas peticiones , de manera muy especial en lo tocante a las pretensiones de la demanda, porque, de ordinario, el juez no puede otorgar en una sentencia, cuando ésta sea estimatoria de la demanda ni más de lo pedido ni algo distinto, ni condenar por causa diferente a la invocada en ella; sin embargo, respecto de las excepciones sí tiene, por regla general, conforme ya se vió, la posibilidad de declararlas de oficio, pues las únicas que no puede reconocer sin previa y oportuna petición de parte son las de compensación, prescripción y nulidad relativa”.

No hay para el Tribunal duda alguna, que el marco de referencia, para efectos de proferir el laudo, lo constituye la pretensión (principal y subsidiaria) enervada por la parte convocante y las excepciones propuestas por la parte convocada, salirse de lo cual, implica la violación de los artículos 305 del Código de Procedimiento Civil y 163 numerales 8 y 9 del decreto 1818 de 1998, razón por la que pasará a hacer un análisis de la pretensión subsidiaria de acuerdo, con lo expresado.

PRETENSION SUBSIDIARIA Y EXCEPCION DE CUMPLIMIENTO

El convocante señor ADOLFO VANEGAS FALLA, ha enderezado esta pretensión a obtener la declaratoria de incumplimiento por la FIDUCIARIA COLMENA S.A., de las obligaciones contenidas en la Escritura Pública No.6288 del 09 de septiembre de 1994 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, que no es otra que la contentiva del negocio jurídico por medio del cual, se convirtió en adherente del contrato principal de Fiducia celebrado mediante la Escritura Pública No.6204 del 8 de septiembre de 1994 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, entre JOSE ALFREDO RESTREPO ECHEVERRY, FERNANDO PELAEZ RIOS, ENITH REINA RAMOS, PATRICIA CARDOZO ARAGON, DIEGO DUQUE RIVERA, JUAN CARLOS DUQUE HENAO, PEDRO PELAEZ RIOS, denominados GRUPO FIDEICOMITENTE A y la sociedad CONSTRUCTORES INMOBILIARIOS LTDA. C.I.PROYECTOS, quien se denominó EL FIDEICOMITENTE B, con la FIDUCIARIA COLMENA S.A. como fiduciaria.

La citada escritura pública 6288 del 09 de septiembre de 1994 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, tiene dentro de sus cláusulas, una serie de puntos que es necesario destacar:

1. Estableció con claridad en el punto primero de los antecedentes que sirvieron de base para establecer **la intención de las partes**, que se celebró “en desarrollo del de Fiducia Mercantil de tipo Administración inmobiliaria revocable” suscrito en la escritura pública No.6204 del 8 de septiembre de 1994 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali.
2. Se definió quienes eran los fideicomitentes A y B y se expresó las transferencias de bienes que ellos hicieron a la Fiduciaria, para constituir el patrimonio autónomo, sobre el cual se desarrollaría la construcción del Edificio Balcones del Río Lili, objeto del contrato de fiducia.
3. Se definió también, la calidad de los constituyentes adherentes, con quienes la fiduciaria, suscribiría los contratos de fiducia individual, en virtud de los cuales se comprometieron a aportar los dineros necesarios para cancelar el beneficio de los Fideicomitentes A y B y efectuar la construcción del Edificio.
4. Se expresó el beneficio para los constituyentes del contrato de fiducia, que no fue otro que el de una vez concluido el Edificio, autorizar a la fiduciaria para vender las unidades privadas que a cada constituyente correspondiera, de acuerdo con el precio fijado por cada uno de ellos, en cuyo caso el beneficio sería el saldo resultante de la venta deducidos los costos y gastos de la operación, advirtiendo

que tales unidades privadas serían su beneficio, en los eventos en los que el constituyente no fijara el precio o la fiduciaria no encontrara comprador, dentro de los quince días siguientes a la fecha en la cual, por disposición del Comité Directivo se fijara fecha para la escrituración del inmueble.

5. Se repitió lo acordado en el contrato matriz, en lo relacionado con los organismos de dirección del proyecto y sus funciones, como también las funciones de la Fiduciaria.
6. Se establecieron las obligaciones del Constituyente señor ADOLFO VANEGAS FALLA.
7. En la cláusula segunda se fijó con claridad el **ENCARGO ESPECIFICO** que el constituyente ADOLFO VANEGAS FALLA le hizo a FIDUCIARIA COLMENA S.A., cual fue el de “celebrar con terceros los actos y contratos referentes a la enajenación, a título de compraventa del APARTAMENTO NUMERO QUINIENTOS TRES (503) Y LOS GARAJES 3 Y 4, al precio indicado por el constituyente y entregar al constituyente como beneficio del presente negocio fiduciario el producto total de la venta, previa la deducción de los costos y gastos correspondientes al presente contrato. 2.2. Subsidiariamente con lo anterior si la enajenación no se pudiere realizar por cualquier circunstancia a mas tardar mínimo dentro de quince días hábiles anteriores a la fecha de escrituración que determine el Comité Directivo o habiendo fijado precio y las condiciones no se encontrare comprador interesado en adquirir tal inmueble dentro del plazo previsto, **se entenderá que las unidades privadas constituyen el beneficio para el constituyente caso en el cual la Fiduciaria estará obligada a transferir y el constituyente a recibir dentro del plazo que para el efecto determine el Comité Directivo, a título de beneficio, a favor de este, el pleno derecho de dominio y posesión de sus respectivas unidades privadas” (destaca el Tribunal).**
8. También en la citada cláusula segunda denominada objeto del contrato se enumeraron 18 ítems más del encargo específico a la Fiduciaria, entre los que destacamos: los destinos de los dineros aportados por los constituyentes, el traslado de los recursos para la construcción del Edificio, la firma de los contratos de fiducia mercantil, constitución de hipotecas, recepción y administración de los dineros desembolsados por la Corporación de Ahorro y Vivienda que financiara el proyecto o por otras entidades financieras, recepción y administración de los dineros desembolsados por los constituyentes, constituir hipotecas, suscribir la escritura del reglamento de propiedad horizontal, suscribir la solicitud de permiso para anunciar y enajenar las unidades de vivienda y celebrar con terceros los actos

y contratos para realizar las enajenaciones, llevar la contabilidad del negocio fiduciario siguiendo los principios señalados en la ley y rendir cuentas de su gestión a través del gerente del proyecto, mantener los bienes fideicomitados separados del patrimonio de la fiduciaria, llevar la personería en la defensa de esos bienes frente a terceros.

9. Se fijó la forma de pago y se estableció la cantidad que el señor ADOLFO VANEGAS FALLA, debía pagar como precio, para adherirse al contrato de fiducia, advirtiendo que además de las cantidades anotadas se obligaría **a hacer los ajustes que resultaren a su cargo por mayor valor de la construcción, por concepto de costos directos, indirectos, financieros, imprevistos o cualquier otro concepto relacionado con la construcción hasta su total liquidación, en forma proporcional a su participación en el negocio....(destaca el Tribunal)**
10. Se fijó la remuneración de la Fiduciaria y su responsabilidad.
11. Se convinieron las causales de terminación del contrato de fiducia y se fijó su duración en cuanto a las fases preliminar y de desarrollo.

Largas y profusas glosas expresó el convocante, acerca del incumplimiento de las obligaciones por parte de la Fiduciaria. Sin embargo, antes de concluirse la totalidad de la construcción del edificio y ante la decisión de la asamblea de constituyentes de liquidar el patrimonio autónomo, procedió el señor ADOLFO VANEGAS FALLA a suscribir con la FIDUCIRIA COLMENA y AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA, la escritura pública No.3537 del 13 de agosto de 1996 en la Notaría Séptima del Círculo de Cali, cuyos puntos fundamentales merecen resaltarse:

1. En las cuatro primeras cláusulas hace un recuento jurídico-histórico , de lo acontecido, desde la iniciación de la Fiducia Mercantil de Inversión para la construcción del Edificio Balcones del Río Lili, la solicitud del permiso de enajenación por parte de la Fiduciaria, el sometimiento al régimen de propiedad horizontal hasta la vinculación de constituyentes que aportaran los recursos necesarios para el desarrollo de la construcción y la entrega a cada uno de ellos, del beneficio una vez ocurriera la venta o la transferencia de propiedad de las unidades privadas a cada uno si ello no se lograre.
2. En las cláusulas quinta y sexta, se enuncia el cumplimiento del contrato de fiducia celebrado por medio de la escritura 6288 y se dispone a hacer la transferencia del dominio al señor ADOLFO VANEGAS FALLA del apartamento 503 y de los garajes 3 y 4.

3. En la cláusula séptima, se expresa que el costo total de la construcción del Edificio Balcones del Río Lili, es la suma determinada en la preliquidación aprobada por la Asamblea de Constituyentes del Fideicomiso, aprobado en la sesión del 8 de noviembre de 1995, de acuerdo con el acta 04.
4. En la cláusula octava, se hacen una serie de afirmaciones que el Tribunal no puede pasar por alto:” **Que FIDUCIARIA COLMENA S.A. en su calidad de Fiduciaria tanto en el contrato de fiducia mercantil suscrito con el constituyente contenido en la escritura pública 6288 del 09 de septiembre de 1994 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, como en el contrato de fiducia matriz contenido en la escritura pública número 6204 del 8 de septiembre de 1994 otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Cali, CUMPLIO A CABALIDAD CON SUS OBLIGACIONES A ENTERA SATISFACCIÓN DE LAS PARTES Y DENTRO DE LOS PLAZOS ESTIPULADOS EN LOS RESPECTIVOS CONTRATOS (DESTACA EL TRIBUNAL).**
5. En las cláusulas novena y décima se transfiere el dominio de los inmuebles y se fija el costo de la construcción de las unidades privadas en la suma de OCHENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$89.900.000), los cuales para la forma de pago, los descompone en dos partidas y hace mención de haber recibido la cantidad de TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL NOVECIENTOS OCHO PESOS (\$37.615.908) durante el desarrollo del proceso y la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL NOVENTA Y DOS PESOS (\$52.284.092) M/CTE, con el producto de un crédito que le concederá AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA al señor ADOLFO VANEGAS FALLA.
6. De la cláusula novena hasta la decimasexta, se expresan el procedimiento para el abono del crédito por AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA, la cancelación de la hipoteca de mayor extensión, el estado de paz y salvo de las unidades transferidas por impuestos, tasas y contribuciones, la obligación de saneamiento de los inmuebles adquiridos, el pago a la Fiduciaria por parte del constituyente de su remuneración a prorrata de las unidades transferidas, y la declaratoria de no haberse liquidado el Fideicomiso y de que el constituyente asumirá en **forma expresa e irrevocable los mayores valores que se causen a su cargo a la liquidación del Fideicomiso.**
7. Las cláusulas decimaséptima y decimaoctava, recaban el cumplimiento de las obligaciones por parte de la Fiduciaria con el señor ADOLFO VANEGAS

FALLA y dejan expresa constancia de la entrega real y material de los inmuebles materia del contrato de fiducia.

8. A continuación la señora INES FALLA DE VANEGAS, apoderada del señor ADOLFO VANEGAS FALLA, mediante poder debidamente acreditado, declara aceptar la transferencia de los inmuebles y recibidos a entera satisfacción, que se obliga a pagar a la fiduciaria el saldo a deber CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL NOVENTA Y DOS PESOS (\$52.284.092) M/CTE, con el producto de un crédito que le concederá AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA al señor ADOLFO VANEGAS FALLA, el cual autoriza para abonar a la obligación que el Fideicomiso había adquirido con la Corporación, reitera la obligación de pagar sumas superiores a la anotada, en el evento en que resultaren una vez se liquide el contrato de fiducia.
9. Acto seguido y en diez cláusulas constituye hipoteca de primer grado, a favor de AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA.

Tenemos entonces después del resumen hecho, que al momento de la presentación de la solicitud de convocatoria del Tribunal, el señor ADOLFO VANEGAS FALLA, detentaba la propiedad del apartamento 503 y de los garajes 3 y 4 del Edificio BALCONES DEL RIO LILI, situación jurídica en la que se encuentra hoy, ya que nadie ha disputado hasta el momento o al menos no consta en el expediente tal situación, ni ella ha sido debatida.

Considera entonces el Tribunal, que es jurídicamente imposible, so pena de cometer un gravísimo desatino, declarar la resolución **del contrato de Fiducia** contenido en la Escritura Pública No.6288 del 09 de septiembre de 1994 de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, celebrada entre Adolfo Vanegas Falla y Fiduciaria Colmena S.A., cuyo objeto versa sobre el apartamento 503 y los parqueaderos 3 y 4 del Edificio Balcones del Río Lili, por cuanto las obligaciones allí contenidas fueron cumplidas por la Fiduciaria de acuerdo con lo expresado a través de apoderada del señor ADOLFO VANEGAS FALLA, en la escritura pública No.3537 del 13 de agosto de 1996 otorgada en la Notaría Séptima del Círculo de Cali, cuyos puntos fundamentales fueron resaltados por el Tribunal, lo cual de acuerdo con las partes que suscriben el contrato, este fue declarado cumplido a cabalidad y exonerada la Fiduciaria de toda responsabilidad, lo que destruye la posibilidad de obtener la declaratoria de resolución por incumplimiento del contrato, como se dejó dicho antes, por voluntad de los contratantes.

Otro desatino jurídico sería dejar las cosas en el estado en el que estaban antes de la realización del negocio individual de Fiducia, como lo pide el convocante, por la razón elemental, de que en él no hubo bienes transferidos por la Fiduciaria al constituyente, si no dinero entregado por el señor Vanegas Falla a la Fiduciaria. Pretender devolver la transferencia del apartamento 503 y de los garajes 3 y 4 del Edificio Balcones del Río Lili mediante la resolución de un contrato en el cual no hubo tal transferencia, nos llevaría a la más aberrante violación de la ley y la lógica. Constituiría un exabrupto jurídico acceder a la indemnización solicitada, como consecuencia de la declaratoria de resolución del contrato, que no es otra que resarcir al convocante por los dineros dados para el desarrollo del proyecto, como el dinero que ha pagado y deberá pagar a AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA, por el crédito concedido.

Considera el Tribunal que resultaría lesivo acceder a las PRETENSIONES SUBSIDIARIAS, pues no habiéndose solicitado la resolución del contrato de transferencia de dominio, el convocante quedaría con los inmuebles en su poder, más una indemnización que equivaldría al valor aportado para la construcción del inmueble y al crédito adquirido, o sea un rédito enorme sin causa justificativa.

Para el Tribunal no es la acción resolutoria la que ha debido ejercitarse, dada la carencia de los presupuestos sustanciales para hacerlo, unida a la imposibilidad jurídica para lograrlo, razón por la cual deberá denegar tales PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

Con fundamento en las anteriores CONSIDERACIONES, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO.- Decláranse probadas las EXCEPCIONES DE FONDO de validez de los negocios jurídicos contenidos en las escrituras 6228 de septiembre 9 de 1994 otorgada en la Notaría Tercera de Cali y 3537 de agosto 13 de 1996 corrida en la Notaría Séptima de la misma ciudad, y de cumplimiento por parte de FIDUCIARIA COLMENA S.A. de las obligaciones asumidas por ella en la escritura 6228 de septiembre 9 de 1994 de la Notaria Tercera de Cali.

SEGUNDO.- Niéganse Las PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS de la demanda arbitral.

TERCERA.- No habiendo prosperado ninguna de tales pretensiones condénase en costas a la parte convocante, a favor de FIDUCIARIA COLMENA S.A. con fundamento en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se expresan de la siguiente manera:

1. Por honorarios de los Arbitros Seis Millones Noventa y Siete Mil Quinientos Pesos. (\$6.097.500) Por honorarios de la Secretaria del Tribunal Un Millón Noventa y Seis Mil Quinientos Pesos (\$1.096.500).
2. Por gastos de funcionamiento y administración del Tribunal Dos Millones Treinta y Dos Mil Trescientos Setenta y Tres Pesos (\$2.032.373) .
3. Por gastos de los peritos contadores Setecientos Cincuenta Mil Pesos (\$750.000).
4. Por agencias en derecho la suma de Tres Millones de Pesos (\$3.000.000).

PROTOCOLICÉSE EL EXPEDIENTE EN UNA NOTARIA DE LA CIUDAD DE CALI.

Para constancia se firma por quienes intervinieron.

Los árbitros,

JUAN RAMON BARBERENA HIDALGO

Presidente

HUMBERTO MOLANO MOLINA

FRANCISCO CHAVEZ CAJIAO

La Secretaria

LUZBIAN GUTIERREZ MARIN.

