

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN & CIA. S. EN C.

V/S

FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES S.A”.

ACTA No.17

AUDIENCIA DE FALLO

En la ciudad de Santiago de Cali, hoy Veinte (20) de Febrero de Dos Mil Cuatro (2.004), siendo las cuatro (4:00 p.m.) se reunió el Tribunal de Arbitramento convocado por la sociedad **“EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S. EN C.”**, contra **LA FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES S.A.”**, integrado por los árbitros, los Doctores **MANUEL BARRAGAN BUSTOS**, quien lo preside, **HUMBERTO BUENO CARDONA** y **FABIO DIAZ MESA**, y por la Secretaria doctora **LUZBIAN GUTIERREZ MARIN**.

A continuación el presidente declaró abierta la audiencia y manifestó que en virtud de haberse agotado íntegramente la instrucción y después de oídas las alegaciones de las partes, y no observándose causal de nulidad que invalide el trámite surtido, concede el uso de la palabra a la Señora Secretaria para que proceda a leer el siguiente laudo o fallo arbitral proferido por este estamento en Derecho y que es acordado por unanimidad por los árbitros, en los términos siguientes:

LAUDO ARBITRAL

1. ANTECEDENTES

- 1.1. La sociedad **"EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S. EN C."**, por conducto de apoderado especial, solicitó mediante petición contenida en memorial presentado el día 30 de Mayo de 2.003 y dirigida al Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la designación de árbitros que deberían conformar un Tribunal de Arbitramento que dirimiera las controversias surgidas entre dicha sociedad y la Sociedad **FIDUCIARIA FES S.A "FIDUFES"**, de acuerdo con la cláusula compromisoria contenida en el contrato de fiducia celebrado por **"FIDUFES S.A"** e **"INVERSIONES QUIMICAS LTDA."**, el día cinco (5) de Octubre de Mil Novecientos Noventa y Nueve (1.999).

Con dicha solicitud se acompañó por el señor apoderado de la convocante, copia de la documentación relativa al asunto y además el memorial contentivo de las pretensiones y de los hechos, con los cuales soportó su petición. (cdo. ppal. No. 1, folios 0026 a 0039).

Petición que fue modificada posteriormente en su totalidad por el apoderado de la parte convocante, la sociedad **"EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S EN C"** a **"EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA. S. EN C."**, en escrito de 25 de Julio de 2003. (cdo. ppal. No. 1 folios 0039 a 0052).

- 1.2. El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali procedió a la designación por sorteo, de la lista de árbitros inscritos, a nombrar a los doctores **MANUEL BARRAGAN BUSTOS**, **HUMBERTO BUENO CARDONA** Y

FABIO DIAZ MESA como árbitros, quienes como principales manifestaron por escrito su aceptación, en la oportunidad que se les dio para ello.

- 1.3. El día 19 de Junio de 2.003 se reunieron los árbitros mencionados, y en audiencia de instalación nombraron al Doctor MANUEL BARRAGAN BUSTOS como presidente del Tribunal de Arbitramento. Acto seguido, se designó a la Doctora LUZBIAN GUTIERREZ MARIN como secretaria, quien aceptó y tomo posesión del cargo ante el presidente del Tribunal.

Encontrándose entonces debidamente constituido y siguiendo los lineamientos que prescriben la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991; la Ley 446 de 1998; el Decreto 1818 de 1998 y el reciente fallo de la Corte Constitucional de 2003, se señalaron el valor de los emolumentos del proceso y de los honorarios de quienes componen el Tribunal y se dispuso el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, como el lugar donde funcionaría la sede y la secretaría del mismo.

- 1.4. Debidamente cancelado por las partes lo que a ellas correspondía por gastos y honorarios, con fecha 28 de Agosto de 2003, (cdo. de actas No. 2, acta No.4, folios 053 a 058), se celebró audiencia, en la cual se leyó la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Fiducia Irrevocable de Administración y Fuente de pago celebrado entre “Inversiones Químicas Ltda.” y la sociedad “Fiduciaria FES S.A”, FA-097 de fecha cinco (5) de Octubre de 1999, contenida en la cláusula vigésima, cuyo tenor es el siguiente:

“Cualquier diferencia que surja entre las partes relacionada (sic) con el presente contrato no conciliada directamente

entre las partes, se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento constituido por tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Cali y se regirá por lo dispuesto en las normas vigentes. El Tribunal fallará en Derecho”.

El Tribunal una vez leída la misma y después de analizar aspectos tales como: la capacidad de las partes, la naturaleza del asunto, la calidad de abogados titulados y en ejercicio de los apoderados, los trámites previos de instalación agotados, se declaró competente para conocer y decidir en derecho de las diferencias presentadas con ocasión del desarrollo del mentado contrato de fiducia irrevocable de administración y fuente de pago, y procedió a continuación a leer por la secretaria las pretensiones del convocante, así como también la contestación a la demanda que brindó la convocada mediante escrito radicado el día 15 de Agosto de 2003.

De los hechos de la demanda y su contestación se hace el siguiente resumen:

En los hechos numerados del 1º al 13º, la parte convocante hace referencia a las cláusulas del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de administración y fuente de pago ya mencionado.

De lo narrado en los anteriores hechos, la parte convocada acepta como ciertas las afirmaciones que tengan fiel relación con el contenido textual de las cláusulas invocadas.

En los hechos numerados del 14º al 19º, la convocante se refiere a las cláusulas del contrato de Maquila celebrado entre la convocada y la sociedad Inversiones Químicas Ltda..

Al respecto la parte convocada dice atenerse al tenor literal de las cláusulas del referido contrato de maquila.

En los hechos numerados del 20º al 22º, la convocante hace un recuento de su vinculación como inversionista al Fideicomiso FA-097 Inversiones Químicas.

La parte convocada no acepta los hechos narrados en la forma en que han sido planteados y hace las aclaraciones pertinentes.

En los hechos numerados del 23º al 25º, la convocante hace un recuento de la forma en que los beneficiarios conocieron sobre el uso indebido de los dineros del Fideicomiso FA-097 Inversiones Químicas por parte del fideicomitente, al igual que de las causas por las cuales, según su criterio, la parte convocada incumplió tanto el contrato de maquila como el contrato de FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y FUENTE DE PAGO, celebrados con la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LTDA.

La parte convocada no acepta la responsabilidad que se le atribuye por parte de la convocante.

- 1.5. Ejecutados tales actos se procedió a realizar la audiencia de conciliación, según lo ordenado en el auto No. 08 de agosto 28 de 2003, la cual tuvo lugar en la sede del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, habiéndose declarado fracasada ante la ausencia del Señor representante legal de la sociedad convocante. (cdo. de actas No. 2, acta. No. 4, folios 053 a 058).
- 1.6. Efectuados los traslados de rigor y la audiencia de conciliación, se dio comienzo con fecha 16 de Septiembre de 2003, a las

10:30 a.m., a la primera audiencia de trámite (cdo. de actas No. 2 acta No. 05, folios 059 a 066), en donde se abrió a pruebas el trámite de Arbitramento anotado, decretándose las pedidas por las partes y señalándose el término de seis (6) meses para el desarrollo del proceso arbitral acorde a los designios del art.103 de la ley 23 de 1991 y concordantes.

El auto No. 06 de 16 de Septiembre de 2003, por el cual se abrió a pruebas el proceso arbitral, fue objeto de recursos de reposición por los apoderados de ambas partes, otorgándose los correspondientes traslados, los cuales fueron desatados en audiencia de fecha 2 de Octubre de 2003, -contenida en el acta No. 6 del cuaderno de actas No. 2, folios 076 a 080-, sin que se revocaran las decisiones adoptadas por el Tribunal, por ser los recursos totalmente improcedentes, ordenándose continuar con el trámite de rigor.

- 1.7. En las siguientes sesiones se practicaron las pruebas decretadas a favor de las partes relativas a Testimonios, Interrogatorio de Parte y Exhibición de documentos (cdo. No. 3, folios 001 a 119, cdo. No. 4 folios 001-136, cdo. No. 5, cdo. No. 6 folios 001-436, cdo. No. 7 folios 001-125, y el cdo. de transcripciones y declaraciones e interrogatorio de parte, folios 001 a 094), en el orden acordado en el auto de decreto de pruebas.
- 1.8. El día 10 de Diciembre de 2003 se efectuó la audiencia de alegaciones (cdo. de actas No. 2, acta No. 15, fls.139 a 141), recibándose la versión oral y escrita de los alegatos de los señores apoderados de las partes; se señaló fecha y hora para emitir el laudo y se suspendió a solicitud de las partes el término de ejecutoria del arbitraje a partir del 10 de Diciembre de 2003

hasta el día 04 de febrero de 2004, fecha en la cual se reanudó el proceso arbitral.

- 1.9. Posteriormente con fecha 5 de Febrero de 2004, en auto No.17, incorporado al acta No.16, el Tribunal de Arbitramento aplazó para el día 20 de Febrero de 2004 a las 4:00 p.m., la fecha y hora para emitir el laudo correspondiente.

2. DE LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

Sin perjuicio de la evaluación que el Tribunal hará de los medios de prueba en que habrá de sustentar el presente laudo, en este acápite se relacionarán todas las que se han allegado y tenido como tales en el presente trámite arbitral.

Para todos los efectos a que hubiere lugar téngase presente que el Tribunal decretó todas las pruebas oportunamente solicitadas y practicó todas las diligencias necesarias para su evacuación, destacándose que algunos medios probatorios no se autorizaron cuando se decidieron los recursos impetrados por las partes y otros no se efectuaron en razón de que la parte convocada renunció a ellos. Las pruebas decretadas y recaudadas son las siguientes:

2.1. PRUEBAS DE LA PARTE CONVOCANTE

2.1.1. DOCUMENTALES

Se decretaron y fueron objeto de valoración documentos tales como: la copia del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de pago, celebrado entre INVERSIONES QUIMICAS LTDA., y FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES", de fecha 5 de Octubre de 1999, y que originó el "Fideicomiso No. FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS"; la copia del contrato de maquila de 19

de Octubre de 1999, pactado entre el Fideicomiso FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS e Inversiones Químicas Ltda.; la copia del acta de la audiencia de conciliación celebrada el día 3 de Octubre de 2002, con la asistencia de las partes llamadas EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S. EN C. y LA FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES"; y la certificación de la tasa de interés bancaria vigente otorgada por la Superintendencia Bancaria.

2.1.2. OFICIOS

Se libró oficio a la Fiduciaria FES S.A. para que remitiera al Tribunal y con cargo al expediente los balances generales del Fideicomiso FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS, por los años de 1999, 2000, 2001, 2002 y lo corrido del año 2003, los cuales aparecen glosados a la petición de convocatoria de Tribunal de Arbitramento.

2.1.3. DECLARACIÓN DE PARTE

Se decretó y se recaudó el interrogatorio de parte con el Representante legal de la Fiduciaria FES S.A., señor Gabriel Suárez López.

2.1.4. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

Se decretó y se realizó en las instalaciones de la Fiduciaria FES S.A. "FIDUFES" el día 24 de Octubre del 2003 a partir de las 2:30 p.m. la diligencia enunciada sobre la totalidad de los libros, registros contables, balances, estados financieros, inventarios relativos o vinculados al Fideicomiso FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS, los cuales en sus copias fueron remitidos posteriormente por la Fiduciaria FES S.A., al presente Tribunal.

2.2. PRUEBAS DE LA PARTE CONVOCADA

2.2.1. DOCUMENTALES

Se le otorgó el reconocimiento de ley a todos los documentos aportados en la contestación de la demanda y que no fueron tachados de falsos por la parte convocante y que aparecen discriminados de la siguiente manera:

- **Correspondencia e informes varios** (folios 005 a folio 211 – numerales 4.1.1 a 4.1.87 del cdo. de contestación a la demanda).
- **Operaciones financieras** (folios 235 a 367 – numerales 4.1.88 a 4.1.97 del cdo. de contestación a la demanda).
- **Actas de Fideicomiso** (Folios 368 a 406 numerales 4.1.98 a 4.1.117 del cdo. de contestación a la demanda).

2.2.2. TESTIMONIALES

Se decretaron los testimonios de DIEGO A. CABALLERO L., CARLOS ALBERTO GUTIERREZ LLANOS, RODOLFO MONEDERO LOZANO, MARTHA ARANA, FABIAN BULLA, HECTOR ARANA, ALIRIO SEPULVEDA CARDONA, LEONARDO AFANADOR Y TULIO ECHEVERRY ROIZ, de los cuales solamente se recaudaron por la parte convocada, los de CARLOS ALBERTO GUTIERREZ LLANOS, HECTOR ARANA, y TULIO ECHEVERRY ROIZ, este último por decreto oficioso del Tribunal. Los demás testigos en su acopio, fue renunciado por el señor apoderado de la parte convocada.

3. CONSIDERACIONES

Para decidir en Derecho el presente arbitraje el Tribunal se apoyará previamente en las siguientes **consideraciones**:

3.1. De la incidencia del contrato de fiducia en la relación jurídica procesal.

En primer término, ante las argumentaciones del señor apoderado de la parte convocada, consignadas en su alegato de conclusión, el Tribunal se ve precisado a dilucidar dentro del presente laudo, el interrogante de sí esta solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento estuvo bien dirigida en la forma como se ha propuesto, o si, por el contrario, ha debido promoverse contra el patrimonio autónomo representado por la Fiduciaria FES S.A. De lo que se resuelva dependerá la suerte y el desenvolvimiento de este proceso arbitral.

La parte convocada ha venido sosteniendo a través de su apoderado judicial que como la Fiduciaria FES S.A., no convino ni ejecutó un negocio jurídico en nombre propio, ni en su propio beneficio, el debate planteado por la parte convocante debió dirigirse contra el patrimonio autónomo FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS, representado por la Fiduciaria y constituido en documento auténtico, pues la responsabilidad y consecuente obligación indemnizatoria no puede deprecarse sino del aludido patrimonio autónomo. En el alegato de conclusión el señor apoderado de la parte convocada destacó *"...cómo con base en el art.1233 del Código de Comercio, el fiduciario no asume obligaciones personales, ni se compromete por el hecho de la celebración de un contrato de fiducia, a responder por las obligaciones a cargo del fideicomiso o por perjuicios de allí derivados, menos frente a acciones de responsabilidad civil contractual entabladas por quien a la fecha de la constitución de patrimonio autónomo no era más que un tercero, el mismo que solo con posterioridad vino a adquirir el carácter de parte respecto de una*

relación en la cual esa universalidad independiente de bienes había nacido para el mundo del Derecho con pleno reconocimiento legal”.

“En conclusión, si a la celebración del contrato de fiducia de autos, se constituyó el patrimonio autónomo denominado FA-097, como lo declara categóricamente su cláusula tercera, para todos los efectos esta universalidad independiente de bienes es uno de sus extremos desde el punto de vista de los derechos y obligaciones que a través de la sociedad Fiduciaria FES S.A., “FIDUFES”, era de rigor administrar a título de simple intermediaria fiduciaria, únicamente en los aspectos de su responsabilidad”: (alegato de conclusión, cdo. de actas No. 2, acta No. 15).

Para el Tribunal resulta absolutamente claro y evidente que la petición de convocatoria incoada en este proceso estuvo bien dirigida contra la Fiduciaria FES S.A “FIDUFES”, y que, por el contrario hubiera constituido un desatino mayúsculo el haberla promovido contra el patrimonio autónomo.

En efecto, las reclamaciones que eventualmente deba formular el fiduciante o el beneficiario al fiduciario, que controvertan la gestión realizada por la sociedad fiduciaria y comprometan su responsabilidad, solo pueden dirigirse contra ella, y nunca contra el patrimonio autónomo. Desde luego, existen situaciones en las que precisamente por no estar en discusión la gestión del fiduciario, las controversias o querellas que se planteen no lo comprometen directamente, dado que en ellas están involucrados los intereses del patrimonio autónomo y no los propios, y por ello, en tales casos, ese patrimonio concurre al debate asistido por la fiduciaria.

Ciertamente, cuando el patrimonio autónomo decide formular demanda contra un tercero que ha causado daño a los bienes fideicomitidos, es claro que ese libelo se presenta por el fiduciario, no

en nombre propio sino como vocero del patrimonio autónomo, y es también apreciable, que las resultas de ese proceso beneficiarán o perjudicarán al patrimonio autónomo y no al fiduciario. Lo mismo puede advertirse en el evento de suponer que un tercero proponga un litigio contra el patrimonio autónomo, hipótesis en la cual quien comparece al proceso es éste y no el fiduciario. En una y otra hipótesis, ha de observarse como las querellas propuestas a título de ejemplo no están encaminadas a controvertir la gestión del fiduciario ni a deducir responsabilidad suya.

Empero, cuando un fiduciante o un beneficiario se alza contra la gestión del fiduciario y alega haber sufrido daño por causa de este último, naturalmente que ese debate no se plantea al patrimonio autónomo sino al fiduciario mismo, el que, por lo tanto, deberá comparecer al proceso en su propio nombre y exponiendo sus particulares intereses.

Y es que a partir de la afirmación de la parte convocada según la cual la Fiduciaria FES S.A. "FIDUFES", no convino ni ejecutó negocio jurídico en nombre propio, ni en su propio beneficio, que lo llevan a plantear una falta de legitimación en la causa por el lado pasivo, se incurre en dos (2) graves contradicciones, pues con ellas se estaría destruyendo la figura de la fiducia mercantil y la seguridad que la ley encuentra en ella. La primera de ellas es la afirmación de que la fiduciaria cuando conviene o ejecuta un negocio de esta naturaleza como en el caso que nos ocupa, no lo hace en nombre propio, tesis que no comparte el tribunal. Tampoco puede significar como lo pretende la misma parte convocada que los bienes fideicomitidos no pueden quedar en cabeza suya, ni mucho menos, que las demandas en las que se comprometa su responsabilidad no pueden dirigirse en su contra, por cuanto se estaría desconociendo lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio.

Es bueno precisar que al estar los bienes fideicomitidos en cabeza de la fiduciaria como administradora del patrimonio autónomo, es solo ella quien los puede enajenar y por consiguiente traditar, tal como se conoce en todo tipo de fiducias de administración de bienes.

La segunda es la conclusión del señor apoderado de la parte convocada, según la cual la fiduciaria no puede ser demandada directamente, que deriva de la tesis de que ésta no conviene ni ejecuta un negocio en nombre propio. Tampoco puede ser de recibo, pues de acogerse tal tesis resultaría no sólo ineficaz sino definitivamente burlado el sistema de responsabilidad hasta por culpa leve del fiduciario, consagrado en el artículo 1243 del Código de Comercio.

Si cuando el fiduciante o el beneficiario pretendieran exigir la responsabilidad del fiduciario no lo pudieran demandar directamente sino como vocero de una fiducia mercantil, ¿de qué manera – se pregunta el Tribunal- podría reclamársele la responsabilidad derivada de una gestión negligente o imperita? A la luz de la dialéctica propuesta por la defensa, esa responsabilidad propia del fiduciario no se le podría reclamar a él sino al patrimonio autónomo. Tal aseveración ni por asomo puede compartirse, porque ella si que destruiría el régimen legal de la fiducia mercantil, pues tornaría inmunes ante la justicia a las sociedades fiduciarias, y convertiría a los patrimonios autónomos en la más frágil, indefensa y desprotegida de las instituciones del derecho comercial.

Ciertamente, si en una demanda de esta naturaleza sólo pudiera llamarse a la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, ello significaría que en el evento de resultar probada su negligencia en la gestión, la responsabilidad patrimonial no recaería en el fiduciario sino en el patrimonio autónomo, tergiversándose el alcance del artículo 1243 del Código de Comercio. Por el camino que propone el

apoderado de la sociedad Fiduciaria convocada, simultáneamente se llega a un absurdo y a una paradoja; el primero, consistente en que el causante del daño dejaría de responder, por el simple hecho de ser titular del patrimonio autónomo que administró indebidamente; y la segunda, en que el interesado en exigir la responsabilidad, en caso de salir victorioso en sus pretensiones, resultaría perjudicado por que el pago de la indemnización afectaría el patrimonio autónomo, el que terminaría doblemente disminuido: en una primera ocasión, a causa de los desaciertos de la fiduciaria, y en una segunda oportunidad, al tener que atender la condena impuesta en la sentencia.

Hechas las anteriores precisiones, el Tribunal encuentra que si la sociedad **“EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S. EN C.”**, lo que pretendió fue cuestionar la forma y términos como la Fiduciaria FES S.A. “FIDUFES”, ejecutó la gestión a ella encomendada por razón de este negocio fiduciario, y además deducir responsabilidad a cargo de la misma, la única manera legalmente posible de hacerlo era formulando la petición de convocatoria de Tribunal de Arbitramento en la forma como lo hizo.

Dicho de otra manera, si el beneficiario como acreedor que es, considera que la sociedad Fiduciaria incumplió sus obligaciones legales y contractuales de una recta, seria, profesional y responsable administración de los bienes fideicomitidos causándole con su accionar un deterioro patrimonial, está válidamente legitimado para solicitar de ella el resarcimiento de los perjuicios causados.

Como ningún reparo le encuentra el Tribunal a la relación jurídico procesal como quedó trabada al inicio del proceso, declara que no existe falta de legitimación en la causa por el lado pasivo, según se adujo por la parte convocada y se procede a realizar a continuación otras consideraciones.

3.2. El Contrato de Fiducia Mercantil.

Para interpretar la Fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago celebrado entre “INVERSIONES QUIMICAS LTDA.” y la sociedad Fiduciaria FES S.A, “FIDUFES”, FA-097, este Tribunal seguirá el principio cardinal de nuestro derecho de los contratos expresado en el artículo 1618 del C.C., para lo que se buscará la intención de los contratantes a fin de precisar la naturaleza y alcances de las obligaciones asumidas por ellos y la responsabilidad que se derive de cualquier posibilidad de incumplimiento.

Es importante anotar que en la legislación Colombiana para que la inejecución de la obligación principal o su ejecución defectuosa o retardada, dé al acreedor el correspondiente derecho a la indemnización de perjuicios, se requiere:

- 1º) que el incumplimiento sea imputable al deudor;
- 2º) que el acreedor haya sufrido perjuicio a consecuencia de tal incumplimiento; y
- 3º) que si la obligación es positiva, el deudor esté constituido en mora.

3.2.1. Argumentos de las partes

El presente caso se ha planteado en torno a la responsabilidad contractual de un fiduciario en el cumplimiento de un contrato de fiducia mercantil. Destacándose en el curso del debate probatorio y de las alegaciones de las partes, que la Fiducia Mercantil de administración y fuente de pago era apenas una pieza en el conjunto de una operación más compleja que involucra otros contratos (maquila, inversiones y préstamos a través de mesas de dinero con terceros, compraventa de insumos, contrato de comercialización, comodato precario, etc).

Naturalmente la competencia de este Tribunal está delimitada por la cláusula compromisoria que disponía convocarlo para resolver todas las controversias relacionadas con la ejecución o liquidación de la Fiducia Mercantil y a eso sólo se limitará el laudo, sin pronunciarse sobre las demás relaciones jurídicas que se entrelazan con la fiducia, en lo no concerniente a este contrato o a no derivarse directamente del mismo y que tampoco aparecen en las pretensiones de las partes.

Así, tenemos que en el escrito de la convocatoria se ha solicitado declarar que la FIDUCIARIA FES S.A. incumplió sus deberes como fiduciario, por cuanto atendió en forma descuidada y negligente, el contrato fiduciario en razón “...a la negligencia con la que administró el Fideicomiso, debido fundamentalmente al incumplimiento de las cláusulas tanto del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable, que originara el patrimonio autónomo, como el contrato de maquila y comercialización, que confeccionara con la sociedad que acusa hoy del desfalco”. (Declaración primera y hecho vigésimo quinto de la petición de la convocante).

E invoca como consecuencia de tal declaración se condene: “ ...a la **FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES”** a pagar a título de daño emergente, a la sociedad **EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN & CIA S. EN C.**, las cantidades de dinero que a título de préstamo entregó al **FIDEICOMISO FA-097 INVERSIONES QUIMICAS**, las siguientes: “1.1.1. La suma de **CIENTO DIECISEIS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS NOVENTA PESOS (\$116.666.690) m/cte**, que debieron ser pagados el día 15 de Junio de año 2001”.

Para sustentar tal pretensión el convocante situó el incumplimiento en **el objeto del contrato**, señalado en la cláusula tercera de la Fiducia como era “...la utilización de los recursos económicos del

Fideicomiso, tanto los transferidos por el Fideicomitente al momento de su constitución, como los que adquiriera posteriormente, todos los cuales serán destinados a la transformación de la materia prima consistente en productos químicos, en productos terminados tales como resinas, adhesivos, pegantes, emulsiones y dispersiones, con el fin de que los frutos provenientes de la venta de estos productos sean destinados a la cancelación de las obligaciones adquiridas por el FIDEICOMITENTE Y/O el Fideicomiso”.

La parte convocada, en el escrito de contestación y en el alegato de conclusión, negó haber incumplido sus obligaciones, pues conforme a sus apreciaciones no se obligó “personalmente”, ni los contratos que celebró el patrimonio autónomo “comprometían” “ni comprometieron su patrimonio”.

Replica la convocada igualmente que: *“..son reiteradas la doctrina y la jurisprudencia al advertir que por razón de la separación patrimonial que implica la constitución de un Fideicomiso el patrimonio del mismo, al constituir una universalidad de hecho con fuerza económica propia, debe mantenerse separado del patrimonio de la Fiduciaria y del de los demás negocios fiduciarios”.* (Extracto del alegato de conclusión de la convocada).

“ De esto deviene que el patrimonio autónomo constituido en el caso de autos no establece vinculación directa respecto del patrimonio de la Fiduciaria FES S.A., “FIDUFES”, ni puede la parte convocante intentar asimilarlos a una sola unidad económica para refundirlos bajo el manto de una sola universalidad de hecho para tomarla sin separación alguna como prenda general de sus acreencias”. (Extracto del alegato de conclusión de la parte convocada).

3.2.2. Marco Contractual

Del examen del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago celebrado entre la Fiduciaria FES S.A. e INVERSIONES QUIMICAS LTDA., resulta importante destacar una serie de acuerdos incorporados en el tenor literal del mismo, y que tienen que ver con las obligaciones de cada parte:

En primer lugar encontramos la cláusula segunda llamada **Transferencia**, en la cual se destaca cómo se van a transferir los recursos por el Fideicomitente a la Fiduciaria y como a través de estos recursos se va a constituir un patrimonio autónomo *“independiente del patrimonio de la fiduciaria y del Fideicomitente”*.

Esta cláusula es trascendental, dado que nos destaca la autonomía de los patrimonios de la Fiduciaria, del Patrimonio Autónomo y del Fideicomitente, que quedó igualmente aclarada en las consideraciones de la relación jurídica procesal existente y situadas en el acápite anterior y que en un momento dado desvirtúa las consideraciones de la parte convocante al tratar de plantear una presunta solidaridad entre la Fiduciaria y el Patrimonio Autónomo, cuando lo claro y meridiano es que hay una total independencia en los patrimonios de tales entes o sujetos, situación sobre la cual la doctrina nacional y extranjera ha referido y ratificado en diversas ponencias y artículos jurídicos.

Por su parte la cláusula tercera del aludido contrato señala por un lado que **el Objeto** del mismo es la constitución de un patrimonio autónomo conformado por los recursos transferidos inicialmente por el fideicomitente al momento de la constitución y los que llegare a adquirir el fideicomiso, que se destinarán a la transformación de materias primas y cuyos frutos serán dirigidos a la cancelación de obligaciones adquiridas por el Fideicomitente y/o el fideicomiso.

Desarrolla esta cláusula igualmente el nacimiento de un contrato de maquila y comercialización de los productos finales para desarrollar el encargo fiduciario y cómo la entidad fiduciaria podrá garantizar con los bienes que conforman el patrimonio autónomo el pago de las obligaciones que adquiera.

Clausulado que es importante en su interpretación dado que marca las fronteras entre la Fiduciaria y el Patrimonio Autónomo constituido, como también la garantía para los dineros que entraren a éste para el desarrollo del contrato de maquila, dineros provenientes de terceros inversionistas, sujetos a los avatares de las condiciones del mercado imperante (teoría del riesgo compartido).

Siguiendo con el examen normativo del contrato de Fiducia, se encuentra que en la cláusula cuarta se determinó **que bienes conformaban el fideicomiso**, entre los cuales se destacan los **créditos otorgados por los beneficiarios al Patrimonio Autónomo y las de facturas cambiarias de compraventa**, generadas en el proceso de comercialización de los productos emitidos, haciéndose clara diferencia de cuáles son los bienes que son o hacen parte del patrimonio de los beneficiarios y cuales bienes conforman el patrimonio del Fideicomiso, a efecto de determinar algún nivel de solidaridad entre las partes vinculadas al presente caso, lo cual se aclara totalmente en el sentido de existir una total independencia entre las partes llamadas fiduciaria, patrimonio autónomo y fideicomitente.

En la cláusula quinta aparecen transcritas las instrucciones del Fideicomitente a la fiduciaria para el desarrollo de la fiducia, señalándose que la actuación de la fiduciaria se reducía únicamente a comprar la materia prima e insumos y a entregarlos al patrimonio autónomo para la ejecución del contrato de maquila y su ulterior comercialización.

Obligación contractual que la sociedad FIDUCIARIA FES S.A., FIDUFES S.A., no cumplió durante la vigencia del contrato, según lo confiesa el representante legal de la convocada, Dr. Gabriel Suárez López, en la diligencia de interrogatorio de parte celebrada el día 21 de octubre de 2003 al responder una pregunta formulada por el Tribunal, sobre el no haber adquirido la fiduciaria “ por cuenta y riesgo del patrimonio la materia prima para ser entregada a la sociedad fideicomitente”, así: *“Lo que se dio aquí es lo que los abogados llaman una novación. Yo soy economista. En el proceso y en el desarrollo de este fideicomiso, lo más apropiado, lo más eficaz y eficiente era que Inverquímicas hiciera lo que sabía hacer y la fiduciaria hiciera lo que también sabía hacer, de la mejor forma..... una de las cosas que aprende uno en la fiducia es, precisamente, no salirse del esquema de que somos de medio y no de resultados. Cuando nosotros entramos ya en proceso de pretender buscar mejores precios de un negocio que no es el nuestro, pues estamos incurriendo en actividades que no son los mejores lugares para desempeñarlos y sería equivocado. Por lo tanto lo que pasó aquí es que la fiduciaria obró con razón y modificó las cosas, en virtud que el fideicomiso fuera lo mas eficiente y eficaz en su manejo” (subrayas fuera de texto).*

En igual sentido, el Señor Carlos Alberto Gutiérrez Llanos, ex-funcionario de la entidad convocada, al rendir su testimonio en audiencia celebrada el día 10 de Octubre de 2003 expresa que: *“la compra de las materias primas recaía, en esos momentos, el manejo de compra de las materias primas estaba en cabeza del fideicomitente Inversiones Químicas Ltda., por una cuestión práctica y era que Inversiones Químicas como fabricante de los productos que ofrecía, era quien sabía, en primera medida, quienes eran los proveedores de las mercancías que necesitaban, cuales eran los plazos, las calidades, las cantidades y con Inversiones Químicas*

Ltda., se encargaba de negociar eso, en cabeza del patrimonio autónomo”.

En cuanto a la novación de las condiciones del contrato que invocan, tanto el apoderado judicial de la entidad convocada en la contestación de la demanda, como su representante legal al absolver el interrogatorio de parte decretado, para justificar el no cumplimiento de su obligación contractual de adquirir la materia prima necesaria para el desarrollo del contrato de maquila, es evidente que ésta no se dio, ya que para ello se requiere del concurso de las voluntades de las partes integrantes del contrato y no una simple modificación unilateral de una sola de ellas, como se desprende de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1693 del Código Civil.

En la cláusula sexta se destaca quienes tendrán la calidad de beneficiarios y como pasarán a ser acreedores de acuerdo al certificado de beneficio que les entregue la fiduciaria, reiterando en su texto que *“... los bienes que conforman el patrimonio autónomo constituyen la garantía y la forma de pago de las obligaciones adquiridas por el FIDEICOMITENTE y/o el FIDEICOMISO a favor de los beneficiarios, en la medida que el producto terminado sea vendido y cancelado efectivamente al Fideicomiso”.*

En la cláusula séptima se reconocen cuales son los derechos y obligaciones de la fiduciaria, destacándose que *“...las obligaciones asumidas por la FIDUCIARIA son de medio y no de resultado”*, y así se deberá entender el cumplimiento de toda obligación.

La cláusula octava del aludido contrato indica cuáles son los derechos y obligaciones del FIDEICOMITENTE, sobresaliendo la colaboración con la Fiduciaria para la defensa y conservación de los bienes fideicomitados, la presentación de los inventarios mensuales

de los bienes del Fideicomiso que se encontraren en su poder, al igual que la entrega a la fiduciaria y a los beneficiarios, cuando se le solicitare, de la información sobre el proceso de transformación de los productos químicos.

En la cláusula novena del contrato se señalan los derechos y obligaciones de los **beneficiarios**, en donde es importante destacar **su participación en la junta del Fideicomiso, la cual tendrá como objetivo ejercer la auditoría del Fideicomiso y el control de la destinación de los bienes y recursos que conforman el patrimonio autónomo constituido.**

Y en la cláusula décima primera se reitera cómo la FIDUCIARIA debía presentar mensualmente o en forma extraordinaria al Comité de FIDEICOMISO un **informe de su gestión.**

Finalmente en la cláusula décima tercera se consagra el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento de las obligaciones amparadas por el Fideicomiso, señalándose “... *la FIDUCIARIA deberá comunicar el hecho mencionado (cuando los recursos no son suficientes para atender pagos) a los BENEFICIARIOS, dentro de un plazo que no podrá exceder de diez (10) días calendarios, contados a partir de la fecha en que verificó tal circunstancia, para que sean estos quienes decidan la forma como el Fideicomiso deberá atender las obligaciones pendientes.*”

3.2.3. Operación proyectada a través de la fiducia pactada.

Con fundamento en los testimonios recibidos, los documentos que ambas partes aportaron y reconocieron, al igual que la exhibición de documentos practicada en el domicilio de la parte convocada, este Tribunal ha podido precisar y confirmar la realización del objeto del contrato de FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE

ADMINISTRACIÓN Y FUENTE DE PAGO FA-097 y su materialización a través del patrimonio autónomo con el contrato de maquila, que se puede resumir así:

3.2.3.1. Que el aludido contrato, celebrado mediante documento privado el día cinco (5) de octubre de 1999, tenía como objetivo el de constituir un patrimonio autónomo o fideicomiso, con bienes de propiedad del Fideicomitente, que servirían de garantía y fuente de pago, a fin de obtener capital de trabajo para el desarrollo de su objeto social, confiándole su administración y manejo a la sociedad Fiduciaria.

3.2.3.2. Que el patrimonio autónomo que se originó, se denominó FIDEICOMISO FA-097 INVERSIONES QUIMICAS, con total independencia y autonomía frente al Fideicomitente, Fiduciaria y Beneficiarios.

3.2.3.3. Que en razón de tal patrimonio autónomo, se efectuaría la transformación de materias primas suministradas por el PROPIETARIO a EL FABRICANTE (Inversiones Químicas Ltda.) para que éste produjera resinas, adhesivos, pegantes, emulsiones y dispersiones para la venta, a través de un proceso de mercadeo efectuado por un grupo de vendedores.

3.2.3.4. Que tal proceso se efectuaría a través de un contrato de maquila y comercialización suscrito el 19 de Octubre de 1999, cuyo objeto ya descrito se encontraba incorporado en la cláusula segunda como era: *“1. El fabricante garantiza la disponibilidad de sus equipos fabriles y del tiempo de uso requerido, para que las resinas, adhesivos, pegantes, emulsiones y dispersiones se fabriquen en el tiempo necesario y permita cumplir rigurosamente con los pedidos realizados por los clientes”*.

“2. El FABRICANTE deberá disponer los recursos humanos y técnicos necesarios para elaborar las resinas, adhesivos, pegantes emulsiones y dispersiones, de acuerdo con los patrones de calidad y cantidad especificados en las órdenes de compra”.

“3. El FABRICANTE deberá cumplir con los cronogramas de despachos que estipulen las órdenes de compra. Los sobrecostos, multas o descuentos originados por retardos en los despachos ocasionados por culpa de EL FABRICANTE, serán asumidos por éste. En el evento de incumplimiento por fuerza mayor o caso fortuito, EL FABRICANTE deberá avisar al PROPIETARIO inmediatamente ocurra el hecho, con el fin de acordar con el cliente, las nuevas condiciones de entrega y precios, o buscar temporalmente otros fabricantes, en caso de que no pudiere obviar por otros medios la fuerza mayor o caso fortuito. En todo caso, EL PROPIETARIO queda exonerado del pago de cualquier indemnización a los clientes originado en el incumplimiento de las fechas de entrega, calidad, cantidad y especificaciones de las resinas, adhesivos, pegantes, emulsiones y dispersiones producidas por el fabricante...”

4. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CONTRATO DE FIDUCIA

Dentro del libro IV, título 11, artículos 1226 y s.s. del Código de Comercio, encontramos el régimen legal de la fiducia mercantil en Colombia, en donde se determinan los aspectos sustanciales de las relaciones entre las partes llamadas FIDEICOMITENTE, FIDUCIARIA y BENEFICIARIOS, a través de una serie de disposiciones, imperativas unas y supletorias otras, que ayudan a determinar la naturaleza y alcances de un contrato como el que ha sido fuente de las diferencias que llevaron a la integración del presente Tribunal de Arbitramento.

Por lo tanto, este Tribunal en el momento de adoptar su decisión, se basará en las disposiciones fundamentales del régimen legal de la Fiducia que afectan el contenido de las obligaciones de las partes en la Fiducia Mercantil, principalmente en lo que respecta a los deberes del Fiduciario y a los derechos del Fiduciante – Beneficiario.

Como también la consideración del carácter de la Fiducia actualmente como un **negocio de confianza**, para lo cual el Tribunal se permite reproducir los comentarios del Tratadista Español Joaquín Garrigues, que se transcriben a continuación:

*“...En mi opinión, el negocio de confianza es un negocio jurídico unitario previsto y regulado en todos sus efectos por la ley, la cual concede al que confía a otro sus intereses, los recursos apropiados que garantizan la leal ejecución del contrato. Las facultades del deudor están limitadas por la propia ley, y es ella la que expresamente impone un deber de lealtad al mandatario, al comisionista, al socio colectivo, etc.; y la que regula las consecuencias de la falta de lealtad. **Pero en el verdadero negocio fiduciario, el fiduciante lo juega todo a la pura confianza.**”* (Lo resaltado es nuestro)

En otras palabras, la característica del negocio fiduciario reside en la potestad de abuso por parte de la persona en quien se confía. Y esa potestad de abuso deriva de la transmisión al fiduciario de resortes jurídicos que éste puede utilizar o en interés del fiduciante – y esto es lo que debe hacer – o en interés propio – y esto es lo que no debe, pero puede hacer-.

De esta construcción deriva la característica que la doctrina dominante atribuye al negocio fiduciario, como negocio de confianza, basado en una contraposición entre el poder y el deber.

En el presente caso, la confianza representa para las partes que la sociedad fiduciaria tiene la capacidad, el oficio, la ciencia, el arte y el conocimiento profesional suficientes como para obrar con toda diligencia y probidad en el desarrollo del negocio fiduciario, lo cual resulta importante en el momento de medir el grado de responsabilidad de la parte convocada en el presente asunto, lo cual se fijará más adelante.

5. DEBERES DEL FIDUCIARIO

Aunque algunos sectores de la doctrina admitan que el contrato de fiducia sólo genera obligaciones de **medio** y no de **resultado**, esto no disminuye ni la seriedad ni la gravedad de las obligaciones que asume un fiduciario; pues si las partes convinieron en utilizarlo como medio para la consecución de un fin, quien asumió el papel de fiduciario queda sometido a cumplir plenamente los deberes que la ley y el contrato le imponen, los cuales suponen una extremada prudencia, diligencia y profesionalismo en el desempeño del encargo.

El artículo 1234 del Código de Comercio señala cuáles son los deberes propios del fiduciario en el cumplimiento de una fiducia mercantil; de estos deberes subraya el Tribunal los siguientes, por su especial relación con el desarrollo del contrato que ha sido fuente de este litigio:

1. Realizar **diligentemente** todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia.
2. Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario **en la forma y con los requisitos** previstos en el acto constitutivo.
3. Llevar la personería en la **protección y defensa de los bienes fideicomitidos** contra actos de terceros.

4. **Procurar el mayor rendimiento** de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice debe ser siempre oneroso.
5. **Transferir los bienes a la persona a quien corresponde** conforme al acto constitutivo, una vez concluido el negocio fiduciario.
6. **Rendir cuentas comprobadas de su gestión** al beneficiario cada seis meses.

Comparada la conducta de la Fiduciaria FES S.A. -FIDUFES-, con los deberes que le imponen la ley mercantil y el contrato, este Tribunal ha encontrado el incumplimiento de varias de ellas.

En efecto:

5.1. En relación con la expedición de documentos representativos de obligaciones del Fideicomiso o la aceptación de facturas cambiarias de compraventa o el rechazo de las mismas, como también en lo relativo a la emisión de notas de desembolso, sin existir en caja los recursos para sus pagos, da como resultado la presencia de una conducta negligente, con total irresponsabilidad, tal como se conoció en el curso del acopio probatorio y sobre lo cual no existe medio probatorio demostrado de eximente de responsabilidad.

5.2. Igualmente se conoce en el acervo probatorio la falta de una conducta diligente frente al Fideicomitente, de una gestión impecable en el manejo de la recuperación de cartera y captación de recursos para el patrimonio autónomo. No se conoce que la Fiduciaria FES S.A., haya apremiado a deudores en forma pronta para la recuperación de créditos impagados. Lo que se conoce es la

contratación de una abogada para realizar tales diligencias, cuando ya existían moras superiores a los 120 días, según se deduce de las actas de junta de acreedores; como tampoco se observó apremio por parte de la Fiduciaria hacia Inversiones Químicas Ltda., respecto del ingreso de dineros frescos por ventas continuas y permanentes de productos químicos obtenidos dentro del contrato de maquila ya conocido. Por el contrario, lo que se apreció fue la ausencia de rigor en la Fiduciaria hacia Inversiones Químicas Ltda., para que se implementaran políticas de mercadeo con vendedores diligentes y con reconocimiento de beneficios por altas ventas.

5.3. En cuanto a la responsabilidad del recaudo de la cartera, si bien es cierto que quedó a cargo del Fideicomitente, según se desprende del numeral 5º de la Cláusula Quinta del contrato de FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y FUENTE DE PAGO, en el que se estipula que *“EL FIDEICOMITENTE se encargará de la manufacturación del producto, con base en las órdenes de pedido, haciéndose responsable de la comercialización y cobro de las facturas, así como de la idoneidad de sus clientes; de tal manera que asumirá cualquier incumplimiento en el pago de las facturas de venta”*; también lo es que desde sus inicios el Fideicomitente desvió los recursos del fideicomiso producto de las ventas a sus cuentas personales y para su propio beneficio, en detrimento del patrimonio autónomo.

Así consta en el cuaderno de pruebas aportadas por la parte convocada, en el que a folio 051 reposa una comunicación enviada por FIIDUFES S.A., a Inverquímicas Ltda., el día 30 de mayo de 2000 en la que le indica que ha efectuado una circularización de cartera y le pide explicaciones sobre las diferencias en saldos de dos clientes, las cuales arrojan un faltante de \$33.157.375.00.

A su vez, el fideicomitente en comunicación que obra a folio 059, le

informa a la Fiduciaria que “por un error los vendedores dejaron de consignar al fideicomiso la suma de \$83.906.621.20” y en vez de proceder a reintegrar dicha suma como era su deber, solicita “cruzarlos” contra reintegros de maquila.

A folio 100 del mismo cuaderno reposa otra comunicación de 26 de Enero de 2001 enviada por FIDUFES S.A., a Inverquímicas Ltda., en la que se reportan varias irregularidades del fideicomitente, y solicita la *“relación de facturas a cargo de los clientes del fideicomiso recaudadas y utilizadas por ustedes por \$220.000.000.00”*.

En conclusión, tales pruebas demuestran que el Fideicomitente en lugar de restituir los dineros desviados a sus cuentas personales, continuó durante el desarrollo del contrato con dicha práctica irregular, aumentando cada vez más el deterioro patrimonial del “Fideicomiso FA-097 Inversiones Químicas”, sin que la Fiduciaria, con mediana diligencia, le hubiere dado oportuna aplicación al párrafo de la Cláusula Décima Octava, que establecía: *“Se considerará como causal de liquidación del patrimonio autónomo cualquier acción legal contra el mismo, así como el incumplimiento de cualesquiera de sus obligaciones contractuales por parte del FIDEICOMITENTE”* (subrayas fuera de texto)

La Fiduciaria dejó transcurrir el tiempo, sin adelantar las gestiones conducentes y necesarias para que el fideicomitente reintegrara los dineros abusivamente consignados en sus cuentas personales, limitándose solamente a efectuar reclamos escritos de acuerdo con las comunicaciones que reposan a folios 101, 103, 104, 116, 117.

El Fideicomitente, ante tales requerimientos escritos de la Fiduciaria, en vez de incorporar al patrimonio autónomo inventarios por valor de \$240.000.000.00, como afirma hacerlo en comunicación de 22 de Junio de 2001 que reposa a folio 134 del mismo cuaderno, para

“responder” por los dineros desviados hacia sus cuentas personales, lo que realmente hizo fue “venderle” esos inventarios al patrimonio autónomo originando otro pasivo por ese valor a cargo del fideicomiso, el cual continuó aumentando su desequilibrio financiero, según constancia dejada por la sociedad fiduciaria en comunicación que obra a folios 144 y siguientes de dicho cuaderno.

Desequilibrio financiero que, por el desvío abusivo de los recaudos de cartera a las cuentas personales del fideicomitente, cuya valoración final no se estableció en el curso del proceso, produjo un deterioro de significativa importancia para el patrimonio autónomo y de contera para sus acreedores.

5.4. Tampoco se demostró que la Fiduciaria se ocupara de producir los certificados de beneficio a la sociedad “EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S. EN C.”, como era su deber, según el contrato de Fiducia Mercantil objeto del debate arbitral y por el contrario, lo que se conoce es una total despreocupación frente a tal obligación.

De igual manera, se conoce de la posición negligente de la Fiduciaria de verificar la entrega de las facturas cambiarias existentes a cargo de terceros, junto con el correspondiente endoso a favor del BENEFICIARIO.

A folios 7 y 8 del cuaderno 5º del expediente reposa un derecho de petición de fecha 26 de Febrero de 2002, dirigido por la convocante al Señor Henry Chavarro, Gerente de Inversión de la convocada en el que le solicita *“se sirva entregarnos debidamente endosadas las facturas que adquirimos con descuento, al patrimonio autónomo FA-097 que se estableció con Inversiones Químicas Ltda. y que se encuentran en custodia de la Fiduciaria desde que se hicieron las operaciones”*

En el mismo cuaderno reposa la respuesta de dicho funcionario al mencionado derecho de petición, en el que informa que al 01 de Abril de 2002 no es posible atender su solicitud.

5.5. No existe prueba posterior en el expediente que demuestre que la Fiduciaria hizo entrega de tales facturas a la convocante, como para salvar su responsabilidad personal en los daños por ésta sufridos, con los efectos liberadores del pago mediante la entrega de los títulos reclamados.

Y es que aun cuando la fiduciaria alega haber endosado las facturas reclamadas a favor de la convocante, en realidad nunca hubo un verdadero endoso de tales documentos si tenemos en cuenta que para que haya endoso se requiere de dos elementos, firma y entrega.

Al respecto el Dr. Bernardo Trujillo Calle, en su obra “De los Títulos Valores” parte general, décima edición, año 1999, página 96, expresa: *“Al efecto se ha dicho que el endoso, como institución cambiaria, es un acto jurídico compuesto de los dos elementos: firma y entrega, porque es de la única manera que podría expresarse su triple función: legitimar, garantizar, transferir. Y cuando se habla de un endoso frustrado por la falta de la entrega del título, se está precisamente indicando que no hubo endoso en forma.*

*De allí que la entrega sin firma del endosante, no legitima al poseedor, **ni la firma sin entrega, constituye a un tercero en endosatario.** Sin embargo, en lenguaje vulgar se dice a menudo que el título está endosado, cuando simplemente está firmado por el tenedor. **En síntesis, el endoso lo constituye la firma del tenedor, completada con la entrega del instrumento.**”* (resaltados fuera de texto).

5.6. Se observó igualmente una conducta negligente y permisiva de la Fiduciaria respecto a la verificación y conocimiento de los inventarios por parte de Inversiones Químicas Ltda., los cuales en diversas ocasiones eludieron con el argumento de la ausencia del gerente y/o representante legal de tal entidad, conducta repetida frente al apremio de Inversiones Químicas para presentar ante la Universidad del Valle – Facultad de Ingeniería Química de unos productos para su valoración.

5.7. Tampoco se observó que en forma continua y permanente la Fiduciaria presentara una rendición de cuentas a los BENEFICIARIOS sobre el resultado de la gestión del patrimonio autónomo. Solo existen unas pruebas documentales al respecto pero con una gran distancia o lapso de tiempo entre la ejecución de tales procesos y lo determinado en el contrato de Fiducia.

De las pruebas aportadas al proceso arbitral se concluye que la Fiduciaria FES S.A. “FIDUFES” solo comprendió la gravedad de sus obligaciones sobre protección y defensa de los bienes Fideicomitidos y la rendición de cuentas, cuando, por el proceso concursal al que había sido admitida la sociedad “INVERSIONES QUIMICAS LTDA”., era elocuente que se encontraba en total incapacidad de pago y que no existía viabilidad alguna para cumplir con la fórmula de arreglo propuesta a los acreedores, es decir, cuando el FIDEICOMITENTE se encontraba totalmente ilíquido sin posibilidad alguna de pago a los BENEFICIARIOS.

5.8. Es claro que en el negocio fiduciario la sociedad Fiduciaria no es responsable de las pérdidas que sufra el patrimonio, a menos que éstas sobrevengan necesariamente del incumplimiento de su parte del contrato.

Dicho de otra forma, si la pérdida ocurrida no es producto de su falta de cuidado y prudencia o de una violación de sus obligaciones contractuales y legales, la sociedad Fiduciaria no está obligada a indemnizar por el deterioro patrimonial del encargo fiduciario.

Pero sí se hace responsable si no cumple en forma prudente con cualesquiera de sus obligaciones, ya sea por acción o por omisión.

Se ha insistido en el curso del proceso, tanto por la parte convocada como por su apoderado especial, en recalcar que las actuaciones de la sociedad Fiduciaria son de medio y no de resultado, con el fin de eludir por este medio cualquier tipo de responsabilidad patrimonial frente a terceros.

Sobre este aspecto, el Tribunal comparte las opiniones del Dr. Jaime Arrubla Paucar, en la obra “Aplicación práctica del derecho mercantil”, quien sobre el tema expresa:

“Se ha edificado el criterio alrededor de la naturaleza de las obligaciones de la fiduciaria de que su obligación es de medio y no de resultado, queriendo con ello significar que debe poner toda su diligencia y cuidado en la buena marcha del encargo encomendado, pero sin que se encuentre obligada a resultados concretos, tal como sucede en las responsabilidades que adquieren ciertos profesionales, como son los corredores, los médicos y los mismos abogados.

....La tendencia de algunos estudiosos del derecho privado se inclina por observar que no existen actividades que generen de manera absoluta obligaciones de medio o resultado.

En las actividades de las fiduciarias en general, hay obligaciones complementarias que son claramente de resultado y así se observan en el artículo 1234 del C. de Comercio, como por ejemplo, la de

mantener los bienes de la fiducia separados de los suyos, la transferencia de los bienes a la persona beneficiaria en sus momentos, las informaciones y rendiciones de cuentas, etc.

Incluso, no solamente refiriéndose a obligaciones complementarias y accesorias, sino a las fundamentales en ciertas fiducias, no cabe duda de que su naturaleza es de resultado. Piénsese por ejemplo en las fiducias de administración, en las que la fiduciaria tiene que realizar pagos, celebrar contratos, convocar juntas, liquidar cuentas, pagar obligaciones a plazo o bajo condición, someter a régimen de propiedad horizontal, contratar interventor o hacer interventoría. Evidentemente, no cumplir con tales obligaciones hará presumir su responsabilidad y para desvirtuarla tendrá que alegar un eximente razonable. Al fin de todo el juego de las obligaciones de medio y de resultado se concluye en el campo probatorio”. (Pag. 80 a 82).

“La fiduciaria tiene un especial deber de información (la buena fe) frente a terceros sobre la realidad del fideicomiso y la calidad en que actúa. No siendo claro en su información y en la calidad en que obra, puede comprometer su propio patrimonio.” (Pag. 87).

“Una de las obligaciones fundamentales de la fiduciaria frente a los beneficiarios, es la de no delegar en terceros la administración del trust o la ejecución de actos que deba realizar directamente.

La fiducia es un contrato intuitu personae y por ende supone como norma general, que sea desempeñada por la fiduciaria”.

Para este Tribunal es claro entonces que en la administración del FIDEICOMISO FA-097 INVERSIONES QUIMICAS la sociedad FIDUCIARIA FES S.A. – FIDUFES S.A., no obró con el cuidado y prudencia necesarios y lo que es más, no cumplió con obligaciones contractuales tan importantes como: compra de la materia prima;

convocar la junta del fideicomiso; informar a los beneficiarios del incumplimiento desleal del fideicomitente; llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente; procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario; transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario; rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.

5.9. Obsérvese la demora de la sociedad Fiduciaria en iniciar las acciones penales en contra del Fideicomitente, incumpliendo negligentemente su deber legal de *“llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”*.

En efecto, la sociedad Fiduciaria que detectó las primeras irregularidades en Mayo de 2000 (folio 51 del cuaderno de pruebas de la convocada), y a pesar de que éstas no fueron corregidas, sino más bien aumentadas, solo vino a poner en conocimiento de la Fiscalía tales hechos punibles el día 5 de Junio de 2002, es decir, casi dos años mas tarde como consta a folios 685 a 701 del cuaderno No. 5 del expediente.

Esta actitud descuidada de la FIDUCIARIA en el cumplimiento de sus deberes profesionales, conducentes al restablecimiento de los bienes de propiedad del fideicomiso FA-097 Inversiones Químicas, colaboraron en gran medida a su detrimento y al daño patrimonial causado a los acreedores y beneficiarios del Fideicomiso.

6. DERECHOS DEL BENEFICIARIO

Establecido así el incumplimiento del deber de prudencia y diligencia de la sociedad FIDUCIARIA en el desempeño de su encargo y en la protección y defensa de los bienes fideicomitidos, pasa este Tribunal a examinar los derechos que le asistían al Beneficiario (EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA. S. EN C.) con relación a la ejecución y liquidación del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago ya conocido en este escrito.

Para el Tribunal es claro que EL BENEFICIARIO y CONVOCANTE en el presente trámite arbitral participó activamente en el desarrollo de la operación fiduciaria, en donde conoció en forma directa de los manejos irregulares del Fideicomitente y del comportamiento negligente e imprudente de la Fiduciaria, sin que con tales elementos de juicio, ejercitara sus prerrogativas y garantías como tal, en el sentido de exigir el fiel cumplimiento de las obligaciones de cada uno e inclusive el de impugnar los actos de la Fiduciaria que eran anulables en el término que la ley le señala y a partir del momento que tuvo noticia de los actos que daban origen a tal acción y a exigir la devolución o el reembolso de los dineros invertidos. (artículo 1235 del Código de Comercio).

Aunque este punto no afecta la responsabilidad contractual del Beneficiario, si debe considerarse tal comportamiento en el momento de determinar la indemnización correspondiente; puesto que la sociedad “EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S. EN C.”, pudo haber exigido a la Fiduciaria FES S.A “FIDUFES” que intentara acciones contra el Fideicomitente INVERSIONES QUIMICAS LTDA., para obtener ante su accionar irregular la indemnización de sus perjuicios. Su conducta permisiva, su abstención en tal asunto, afectará la medida de los perjuicios que se reconozcan más adelante.

No significa esto, en modo alguno, que la sociedad “EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA. S. EN C.”, haya incumplido el contrato de fiducia mercantil irrevocable y fuente de pago. Pero sí que tal sociedad como empresa mercantil que ejecuta profesionalmente diversas operaciones mercantiles, según se colige del certificado de la Cámara de Comercio de Cali aportado con la petición de convocatoria, podía y debía mitigar los perjuicios resultantes de una operación en cuyo desarrollo había participado, pues conocía los riesgos en que podía incurrir, al participar en inversiones en una empresa que se encontraba económicamente en fases aleatorias de pérdidas o ganancias a través de un contrato de maquila y comercialización del producto terminado, con el fin de producir ingresos al patrimonio autónomo y con ellos constituir fuente de pago.

Por lo tanto el abstenerse de ejercitar o retardar el ejercicio de los derechos de que disponía por virtud del contrato de fiducia mercantil y de la ley, constituye un elemento de importancia fundamental al momento de tasar la indemnización.

Tampoco podía pasar inadvertida a este Tribunal la naturaleza peculiar de la fiducia, sus finalidades concretas, el grado de responsabilidad que de acuerdo con la calidad de contrato incumbe a ambas partes y el riesgo que asumió el Beneficiario al invertir en un negocio aleatorio en donde las condiciones del mercado eran para los años 1999, 2000 y 2001, totalmente riesgosas por la recesión imperante en la Economía Colombiana.

Es importante traer a colación algunas observaciones del tratadista español Joaquín Garrigues al respecto:

“En el campo de la contratación mercantil son frequentísimas las operaciones a través de personas interpuestas. El comercio es

mediación abierta y pública. Pero el comerciante como mediador se vale, para multiplicar su actividad, de otros mediadores, visibles unas veces y ocultos otras, en los que deposita su confianza. Cuando esta confianza alcanza su grado máximo aparece la relación Fiduciaria.”

En nuestro caso, el Beneficiario la sociedad “EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S EN C”, a través de su estrecha relación de negocios con la Fiduciaria FES S.A, reconocida en el proceso –por interpuesta persona - participó en un negocio riesgoso, en donde podía ganar o perder, y eso no fue desvirtuado por la parte convocante y antes por el contrario guardó silencio sobre lo mismo cuando se expuso tal tesis. Aspecto que será considerado al momento de fijar el grado de culpabilidad en que incurrieron las partes cuyas diferencias pretenden dilucidar en el presente trámite arbitral.

7. LA CULPA CONTRACTUAL

El artículo 63 del Código Civil distingue tres (3) especies de culpa y descuido así:

- ❖ **Culpa grave, negligencia grave, culpa lata:** consistente en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo. Se aplica en aquellos negocios que solo le reportan beneficio al acreedor.
- ❖ **Culpa leve, descuido leve, descuido ligero:** es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Es la culpa que se aplica a los contratos que le reportan beneficios a ambas partes

contratantes. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

- ❖ **Culpa o descuido levísimo:** es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Se aplica en aquellos negocios que solo le reportan beneficio al deudor.

En el presente caso, y al concordar con lo dispuesto en el artículo 1243 del Código de Comercio, según el cual el fiduciario responderá hasta de la culpa leve, se tiene que el contrato de fiducia mercantil, de acuerdo a los beneficios y compromisos que le surgen a las partes contratantes, su grado de responsabilidad cuando existe culpa o descuido en el comportamiento de una de ellas, **llega hasta la culpa leve**, de tal forma que en materia de responsabilidad civil contractual, la culpa o descuido a establecerse a cargo de una de las partes, deberá considerar la naturaleza del contrato en cuanto al nacimiento de derechos y obligaciones recíprocas, y para la fijación de la indemnización deberá tener en cuenta el grado de participación de las partes en el desarrollo del contrato, dando nacimiento en el presente caso a la denominada culpa concurrente.

Y cómo podemos llegar a determinar la existencia de una culpa concurrente en las partes contratantes en un contrato que representaba y representa obligaciones recíprocas para todas las partes que actúan y participan en el mismo?

El Código de Comercio, en su artículo 865 nos dice al respecto:

*“En los negocios jurídicos plurilaterales, **el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros**, a menos que aparezca que el negocio se*

ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no sea posible alcanzar el fin propuesto”. (lo resaltado en nuestro).

La recta aplicación de esta norma en el evento objeto del debate, implica que existía en el contrato de fiducia mercantil irrevocable y fuente de pago obligaciones recíprocas en el cumplimiento del mismo, por parte de la fiduciaria, del Fideicomitente y del Beneficiario, en el cual las obligaciones surgían y surgen con base en la realización bilateral de actos, debiendo cada una de ellas actuar o proceder con total diligencia y cuidado frente a las realizaciones y ejecutorias de las otras partes.

El artículo 2357 del Código Civil Colombiano establece en materia de responsabilidad lo siguiente:

“La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. (Lo resaltado es nuestro). Consagrándose en este artículo la denominada **compensación de culpas**, cuando el que sufre el daño se expuso a él imprudentemente o si un error de conducta ha sido la causa determinante de tal daño.

De tal forma que en el presente caso si bien es cierto que hubo un comportamiento negligente por parte de la fiduciaria frente a los actos ejecutados por el fideicomitente en el desarrollo del patrimonio autónomo FA – 097 INVERSIONES QUIMICAS, también es cierto que de parte del Beneficiario la sociedad “EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S EN C”, hubo un comportamiento descuidado, una exposición clara a un riesgo, una exposición imprudente al daño o pérdida patrimonial.

En su contestación de la demanda, la convocada, como argumento de defensa, expresa que las pérdidas sufridas por la convocante son

de su exclusiva responsabilidad por cuanto asumió el riesgo de entregar dineros al patrimonio autónomo a pesar de *“conocer el estado financiero y la situación del patrimonio autónomo durante el tiempo transcurrido entre el día 16 de Mayo de 2000, correspondiente a la primera operación financiera, que venía siendo prorrogada por falta de capacidad de pago del patrimonio autónomo, concertó con el fideicomitente el 28 de Agosto de 2000 un nuevo endeudamiento, quien desde el 9 de Febrero de 2000 se encontraba en el trámite de reestructuración empresarial de la Ley 550 de 1999, que más adelante dio paso a un proceso de liquidación obligatoria dispuesto por la Superintendencia de Sociedades”*.

Afirmación que reitera en su alegato de conclusión así: *“No obstante, en el caso presente, la sociedad EDUARDO MOLINARI PALACIN & Compañía S. En C., a sabiendas de que el fideicomitente se encontraba en trámite de Ley 550 desde febrero de 2000, hecho que era de conocimiento público por la convocatoria general mediante edicto de ley citó a todos los acreedores, con posterioridad, esto es, a partir del mes de mayo del mismo año, estableció contactos de negocios con la empresa Inversiones Químicas limitada y ajustó con ella unas operaciones financieras”*. (sic).

Para este Tribunal no puede pasar desapercibido el hecho de que si bien la sociedad Fiduciaria dejó de cumplir varias de sus responsabilidades contractuales, lo cual la hace responsable frente a los beneficiarios y frente a terceros hasta por la culpa leve, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 1243 del Código de Comercio, la sociedad convocante también obró con negligencia y descuido al aportar recursos a un fideicomiso con serios problemas económicos y un fideicomitente sometido a un trámite concursal con sus acreedores.

Porque aun cuando había independencia de patrimonios entre las partes como se anotó al principio de este laudo, no es menos cierto que las dificultades económicas del Fideicomitente harían imposible continuar con el proceso de maquila, del cual finalmente resultarían los recursos con que el Fideicomiso FA-097 Inversiones Químicas le daría cumplimiento a sus obligaciones.

En este orden de ideas, y especialmente en los perjuicios sufridos, su culpa concurrente en el daño es bien notoria.

Hubo una total imprudencia de parte del convocante y que no puede ser remediada por la vía del trámite arbitral, de reconocer como únicamente responsable de esos descuidos o imprudencias a la Fiduciaria FES S.A. "FIDUFES".

Finalmente le cabe responsabilidad parcial a la sociedad "EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S. EN C.", por los actos omisivos en el desarrollo del contrato de Fiducia respecto de su Fiduciaria, cuando nunca reclamó o impetró recursos que demostraran su accionar en forma positiva frente a las irregularidades que se estaban presentando en la gestión administrativa y contable del patrimonio autónomo.

8. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El convocante proclama la declaratoria de incumplimiento del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago celebrado el 5 de Octubre de 1.999, entre las sociedades Inversiones Químicas Ltda. y la Fiduciaria FES S.A., "FIDUFES", en cabeza de esta última, con las consecuencias legales de reconocimiento del daño emergente y el lucro cesante.

Esta declaratoria la invoca la parte convocante sobre la base de su nacimiento en una presunta responsabilidad civil aplicada a una coyuntura comercial configurada en el sentido de *“...nacer para una persona que ha ocasionado un daño por el incumplimiento, de mora o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención”*. Definición del autor Gilberto Martínez Rave- Responsabilidad Civil Extracontractual- Ed.Dike-Pag.11.

El fundamento legal de tal modalidad la encontramos en los arts.1602 y s.s. del C.C., que tiene como supuesto demostrar que una obligación preexistente se incumple y causa por ello un daño que origina la obligación de indemnizar, de reparar el daño.

Cuáles son los elementos que integran la Responsabilidad Civil Contractual: a) El hecho generador ó la culpa del autor; b) El nexo causal entre el hecho y el correspondiente daño ocasionado, c) El daño o lesión que se ocasiona a la víctima ó perjudicado.

En relación con los elementos que configuran la responsabilidad civil, el Tribunal establece con base en el acopio probatorio allegado al expediente, que la debida relación de causalidad entre el daño y la culpa quedó demostrada por la negligencia de la Fiduciaria FES S.A. “FIDUFES”, en desarrollo de una obligación de medio y de un negocio de confianza fundado en la experiencia profesional de la misma y en la imprudencia del Beneficiario la sociedad “EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S. EN C.”, al exponerse de manera culposa al daño. Ambas circunstancias sirvieron de concausa con plena relación de causalidad para que se produjera el daño final.

Por todo lo anterior y en lo que respecta al expreso pronunciamiento sobre cada una de las pretensiones y defensas expuestas, este Tribunal se pronuncia de la siguiente manera:

- Respecto de la pretensión primera de la solicitud de convocatoria impetrada por la parte convocante y teniendo en cuenta la naturaleza declarativa de ella, este Tribunal se pronunciará reconociendo la responsabilidad contractual de la Fiduciaria FES S.A. “FIDUFES”, e igualmente declarará la existencia de la culpa concurrente de la sociedad “EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S. EN C.”, en el daño sufrido.
- Respecto a la pretensión segunda, el Tribunal acoge lo planteado por el convocante en el sentido de condenar a la Fiduciaria FES S.A. “FIDUFES”, al pago de una suma de dinero, a título de daño emergente a favor de la sociedad EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S. EN C., pero sobre la base de una indemnización parcial por existir culpa concurrente.

Para tal efecto y de acuerdo a las pruebas aportadas a este proceso, este Tribunal encuentra demostrado que el negocio Fiduciario involucraba un valor de \$116.666.690.00, aportado por la convocante al fideicomiso, razón suficiente para tomar esta cifra como punto de partida de la indemnización compensatoria a cargo de la Fiduciaria.

- En cuanto a la pretensión tercera se dispondrá una indemnización compensatoria por lucro cesante, liquidada conforme a tasas de interés bancario corriente vigente certificado por la Superintendencia Bancaria, teniendo en cuenta la fecha de vencimiento de las obligaciones del contrato de Fiducia, reconociéndose parcialmente por existir culpa concurrente.
- En cuanto a la pretensión cuarta, este Tribunal la acogerá parcialmente, disminuida en la misma proporción o porcentaje que se le asigne a la concurrencia de culpa de la parte convocante en el daño probado.

9. PARTE RESOLUTIVA

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

RESUELVE

PRIMERO : Declárase que la sociedad FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES”, es responsable del incumplimiento del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago celebrado el día 5 de Octubre de 1999, con la sociedad Inversiones Químicas Ltda, del cual es parte como beneficiaria la sociedad “EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S. EN C.”

SEGUNDO : Declárase igualmente, la concurrencia de culpa de la sociedad “EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S. EN C.”, en la generación del daño ocurrido.

TERCERO : Condénase a la Fiduciaria FES S.A. “FIDUFES”, al pago de una indemnización compensatoria a favor de la sociedad “EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S. EN C.”, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo, en proporción de un 70% por existir culpa concurrente, equivalente a la suma de la suma de OCHENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$81.666.683.00).

CUARTO : Condénase a la Sociedad FIDUCIARIA FES S.A. – FIDUFES S.A. a pagar a favor de la sociedad “EL MOLINO

EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA. S. EN C.”, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de SESENTA MILLONES TRESCIENTOS UN MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA Y UN CENTAVOS (\$60.301.986.81) correspondiente a los intereses moratorios causados, sobre la suma de \$81.666.683.00 m/cte, desde el día 15 de junio del año 2001 hasta la fecha del presente laudo.

Tales intereses se liquidaron tomando como base el interés bancario corriente certificado mes a mes por la Superintendencia Bancaria de Colombia, multiplicado por uno punto cinco (1.5), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 510 de 1999, que modificó el artículo 884 del Código de Comercio

Para los efectos legales se anexa a este laudo la liquidación de intereses efectuada, para que forme parte integrante del mismo.

QUINTO : Condénase a FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES”, a pagar en forma proporcional por existir culpa concurrente, en un 70% las costas del proceso, para lo cual se ordena reembolsar a la sociedad “EL MOLINO EDUARDO MOLINARI PALACIN Y CIA S EN. C.”, las siguientes sumas de dinero, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo:

- Honorarios de los Arbitros, teniendo en cuenta la proporción de pago de cada parte y la retención en la fuente asumida por los árbitros, la suma de la suma de CUATRO MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS CUARENTA PESOS (\$4.131.540.00).
- Honorarios de la secretaria del Tribunal, teniendo en cuenta la proporción de pago de cada parte y la retención en la fuente asumida por la secretaria, la suma de la suma de SEISCIENTOS

OCHENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA PESOS (\$688.590.00).

- La suma pagada por gastos de funcionamiento del Tribunal, teniendo en cuenta la proporción de pago de cada parte, la suma de SETECIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON DIEZ CENTAVOS (\$770.898.10).
- La suma pagada por gastos de administración del Tribunal, teniendo en cuenta la proporción de pago de cada parte y el IVA causado por ese concepto, la suma de la suma de SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$759.449.60).
- Las agencias en derecho a cargo de la convocada se fijan, siguiendo el mismo criterio proporcional, en la suma de la suma de OCHO MILLONES CIENTO SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$8.166.668.30).

SEXTO. Ordénase por Secretaría la expedición y entrega de copia auténtica de este laudo al apoderado de cada una de las partes.

SEPTIMO. Por Secretaría y con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, expídase y remítase copia auténtica del presente laudo.

OCTAVO : Ordénase la protocolización del expediente en una Notaria del Círculo de Cali

Notifíquese y cúmplase.

ARBITROS

MANUEL BARRAGAN BUSTOS
PRESIDENTE

HUMBERTO BUENO CARDONA

FABIO DIAZ MESA

LUZBIAN GUTIERREZ MARIN
La Secretaria