

**CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA
CAMARA DE COMERCIO DE CALI.**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

HERIBERTO ANDRADE

VS

SOCIEDAD FIDUCIARIA FES S.A.- "FIDUFES".

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 1 de marzo de 2.005

Como quiera que se encuentran cumplidas las etapas procesales previstas en las normas que regulan el arbitramento (Decreto 2279 de 1989, ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991, Ley 446 de 1998 y Decreto 1818 de 1998), procede este Tribunal de Arbitramento a decidir, mediante el presente laudo arbitral, las diferencias surgidas entre el señor HERIBERTO ANDRADE como parte convocante y la sociedad Fiduciaria Fes S. A. " FIDUFES", como parte convocada.

CAPITULO PRIMERO

1. ANTECEDENTES

CLAUSULA COMPROMISORIA

Mediante documento suscrito el 5 de octubre de 1999 la Sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LTDA., representada por su Gerente General y Representante legal señor Alirio Sepúlveda Cardona, suscribió con la Sociedad FIDUCIARIA FES S.A.- FIDUFES un **Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago** que tuvo como propósito constituir un Patrimonio Autónomo denominado FA-097- INVERSIONES QUÍMICAS, contrato que en su cláusula vigésima (20) tiene pactada la Cláusula compromisoria en los siguientes términos: ***"CLAUSULA COMPROMISORIA: Cualquier diferencia que surja entre las partes relacionada 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 las normas vigentes. El Tribunal fallará en derecho". Para el Tribunal no ha existido duda alguna sobre su competencia para desatar la presente controversia, a pesar del desacuerdo de la parte Convocada. Su posición al respecto quedó fijada en el acta No. 6 de fecha 19 de julio de 2.004 (folios 038 del cuaderno principal) donde consideró: "***Para el Tribunal tampoco es claro que las cláusulas contractuales citadas, décima novena y vigésima del Contrato de Fiducia FA-097 sean excluyentes, a juicio del Tribunal, la décimo novena plantea el procedimiento para la liquidación del Fideicomiso y un escenario contractual en el cual tanto el Fideicomitente como las beneficiarios podrán acudir a desatar sus conflictos contractuales, como es el evento en que sea liquidado. Pero, tal escenario no le quita su calidad de parte del contratado a los beneficiarios, y es en la cláusula siguiente, la vigésima, en donde de manera expresa, los Constituyentes del Fideicomiso FA-097 acordaron***": Cualquier diferencia que surja entre las partes relacionada con el presente contrato no conciliada directamente entre las partes, se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.....". El Tribunal considera que las reglas de interpretación citadas, aplicadas al caso que nos convoca, nos permiten concluir que la interpretación de la cláusula vigésima debe producir efectos en cuanto a su poder vinculante para las partes, que la cláusula décima novena, interpretada sistemáticamente con la siguiente nos permite concluir que no son excluyentes y que ésta plantea escenarios de competencia de la justicia arbitral, pero, de ninguna manera excluye de forma expresa a los beneficiarios de su condición jurídica de partes del contrato de Fiducia y en consecuencia de su derecho a pretender desatar los conflictos contractuales acudiendo a la justicia arbitral.

Aceptando en gracia de discusión, la interpretación restrictiva de la cláusula arbitral para los beneficiarios, nos encontraríamos, entonces, en que únicamente la Fiduciaria podría invocarla, ya que la cláusula 19 reza que solo el Fideicomitente y el beneficiario, en la hipótesis de la liquidación, podrían invocar el Tribunal de Arbitramento, sin embargo, hay que advertir que la cita de la cláusula 19 hecha por FIDUFES es descontextualizada, porque dicha disposición lo que regula es el procedimiento de liquidación del Fideicomiso y no la cláusula arbitral, y el artículo 20 del contrato, expresamente regula el compromiso de las

partes del contrato de dirimir sus controversias contractuales a través de la cláusula compromisoria". Posteriormente, en auto No. 13, del 30 de julio del 2004, resolvió no reponer la providencia mediante la cual asumió competencia. Por tratarse de un asunto ya decidido en Derecho, sorprende a los árbitros la insistencia del Apoderado de la Convocada en insistir en el tema.

1.2. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL.

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali recibió la demanda incoada por el señor **HERIBERTO ANDRADE** contra la sociedad **FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES** el día 30 de diciembre de 2003, habiéndose designado los árbitros mediante sorteo.

El Tribunal se instaló el día 29 de abril del 2004 designando Secretario al Dr. Herman Gómez Gutiérrez, quien tomó posesión según consta en el Acta No 2 de fecha 7 de mayo de 2004.

Los árbitros realizaron el estudio de la Demanda, inadmitiéndola y concediendo un término de cinco (5) días para que fuera subsanada. Hecha la corrección fue admitida y corrido el traslado, el señor Apoderado de la Convocada inicialmente interpuso recurso de reposición contra la admisión, el cual se fijó en lista por el término legal. El Tribunal no aceptó dicho recurso, reconoció personería al señor Apoderado de la Convocada y fijó los gastos del Tribunal. Posteriormente, en auto No. 7 del 11 de junio de 2004, el Tribunal señaló fecha para agotar la Conciliación, la cual fue declarada fracasada. Descorrido el traslado de la Demanda en término, la Convocada no propuso excepciones y solicitó al Tribunal decretar la nulidad de todo lo actuado. El Tribunal resolvió rechazar por improcedente la nulidad del proceso mediante el Auto No 10 del 19 de julio del 2004. En la misma audiencia fue leída la cláusula compromisoria y el Tribunal resolvió asumir competencia, decretándose todas las pruebas solicitadas por las partes.

1.3. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

La Jurisprudencia y la Doctrina los tienen como los requisitos de índole procesal referentes a la formación eficaz de la relación jurídico - procesal, al ejercicio del derecho de Acción y al acto jurídico Demanda, que van a producir la Sentencia.

I. Presupuestos para el ejercicio del derecho de acción: Son los requisitos mínimos necesarios para el válido ejercicio del derecho de acción.

I.1. Capacidad Jurídica: Está debidamente establecida la existencia de la parte convocante: la persona natural Heriberto Andrade; así como la de la convocada: Sociedad Fiduciaria FES S.A. - FIDUFES, tal como aparece en el certificado de la Cámara de Comercio de Cali, allegado con la solicitud - demanda.

I.2. Capacidad Procesal y adecuada representación de las partes: Por tratarse en este caso de que uno de los interesados es persona natural, el CONVOCANTE señor Heriberto Andrade y, el otro, persona jurídica, la CONVOCADA, el primero lo hace a nombre propio y, la segunda, debe actuar por medio de su representante legal. Fue debidamente acreditado: Gabriel Suárez López como Presidente Ejecutivo de la Convocada Fiduciaria FES. S. A. y ambos fueron plenamente identificados por el Tribunal.

I.3. Adecuada Postulación: En este proceso, las partes por ministerio de la Ley deben actuar mediante abogados, quienes deben exhibir su Tarjeta Profesional. En este caso, vemos que el Convocante estuvo representado por el Dr. Juan Ramón Barberena Hidalgo (T. P. # 14.445 del C. S. de la J.) y la Convocada por el Dr. Jorge Enrique Crespo Botero (T. P. # 33.666 del C. S. de la J.).

II. DEMANDA EN FORMA: El Tribunal, después de estudiar cuidadosamente sobre su competencia, aceptó la solicitud de Arbitramento con los argumentos que figuran en el Acta de la Primera Audiencia de Trámite.

III. LOS PRESUPUESTOS MATERIALES: Estos presupuestos se dirigen a establecer sí lo solicitado, o sean las pretensiones frente al derecho sustancial, pueden ser resueltas por el Tribunal y en qué sentido. En esta etapa, el Juez analiza sustancialmente el Derecho material cuestionado, con prescindencia de consideraciones procesales y principalmente: **a)** La legitimación en la causa.- En el presente proceso las partes son las idóneas para discutir la relación jurídica sustancial disputada. El Tribunal encontró acreditada la legitimidad para obrar en cabeza de las partes en conflicto y no advirtió la necesidad de vincular a algún tercero como litis consorte. **b)** El interés para obrar: Aquí convocada y convocante tienen un interés sustancial en lo que se decida de fondo sobre las pretensiones. **c)** Correcta Petición: La demanda debe ser clara y precisa. Aunque el Juez con la

mira de administrar eficazmente justicia debe interpretar el petitum, la demanda no debe dejar dudas sobre lo que pretende el accionante.

1.4. HECHOS DE LA DEMANDA Y PRUEBAS SOLICITADAS

EN EL PRIMER HECHO afirma que el 5 de octubre de 1999 por documento privado se celebró entre INVERSIONES QUIMICAS LTDA. y FIDUFES un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago.

EN EL SEGUNDO HECHO el Convocante transcribe las definiciones que contiene el contrato en su Cláusula Segunda.

EN EL TERCER HECHO indica que en la misma Cláusula Segunda (2ª) consta que la Fideicomitente transfirió \$500.000 para la constitución del patrimonio autónomo que se llamó Fideicomiso FA 097 INVERSIONES QUIMICAS.

EN EL CUARTO HECHO transcribe el objeto del contrato tomado de la Cláusula Tercera (3ª) y la obligación de la Fiduciaria de comprar por su cuenta y riesgo la materia prima requerida, agrega que la Fiduciaria tenía facultades para garantizar con los bienes que conforman el patrimonio autónomo, el pago de las obligaciones que adquieran el Fideicomitente y/o el Fideicomiso. Debía expedir certificados de beneficio y en caso de que se incumpla alguna obligación, la Fiduciaria debía entregar al beneficiario los bienes que conforman el fideicomiso.

EN EL QUINTO HECHO dijo que en la Cláusula cuarta (4ª) se dejaron definidos los bienes que conforman el Fideicomiso.

EN EL SEXTO HECHO recoge las instrucciones del Fideicomitente a la Fiduciaria para el desarrollo del objeto del contrato.

EN EL SÉPTIMO HECHO transcribe los que a su entender son los derechos y las obligaciones de la Fiduciaria.

EN EL OCTAVO HECHO afirma que en las Cláusulas Octava (8ª) y Novena (9ª) del contrato, se establecieron los derechos y deberes del Fideicomitente y de los beneficiarios.

EN EL NOVENO HECHO habla de la junta del Fideicomiso, quienes la integran, cuando se reúnen, cómo deciden y el contenido de sus actas.

EN EL DÉCIMO HECHO transcribe las funciones de dicha junta.

EN EL UNDÉCIMO HECHO indica que en la Cláusula del mismo número, en el contrato se previó que la Fiduciaria debía presentar mensualmente informes de su gestión a la junta.

EN EL DÉCIMO SEGUNDO HECHO sostiene que en la Cláusula Décimo Tercera (13ª) del contrato se señala el procedimiento a seguir en el evento de incumplimiento de las obligaciones amparadas con el Fideicomiso.

EN EL DÉCIMO TERCER HECHO enuncia las Cláusulas de la Décima Cuarta (14ª) a la Vigésima Segunda (22ª) del contrato.

EN EL DÉCIMO CUARTO HECHO relata que en desarrollo del contrato de Fiducia, el Fideicomiso celebró con Inverquímicas un contrato de maquila y comercialización.

EN EL DÉCIMO QUINTO HECHO expuso cual era el objeto del contrato de Maquila.

EN EL DÉCIMO SEXTO HECHO describe la Cláusula Segunda (2ª) del contrato de maquila, (proceso de maquila y todas las obligaciones del fabricante, incluyendo los controles de los inventarios).

EN EL DÉCIMO SÉPTIMO HECHO afirma que en la Cláusula Cuarta (4ª) del contrato de maquila se fijó el 35% como valor que se pagará al fabricante por la maquila, el 60% está destinado a diversos gastos incluyendo abonos a capital e intereses adeudados a los beneficiarios o acreedores y el restante 5% va al fondo común ordinario de Fidufes para cubrir las obligaciones a cargo del Fideicomiso.

EN EL DÉCIMO OCTAVO relata que en la Cláusula Quinta (5ª) se pactó la forma de pago de la maquila (mensual dentro de los 5 primeros días calendario de cada mes) y con la posibilidad de hacer avances semanales hasta por un 30% de las ventas brutas según facturas aceptadas por los clientes o compradores.

EN EL DÉCIMO NOVENO expresa que en las Cláusulas siguientes se pactó la duración del contrato, la obligación de llevar su propia contabilidad, las causales de terminación, el domicilio contractual, hasta la Cláusula compromisoria en la Décima Segunda (12ª).

EN EL VIGÉSIMO afirma que el Convocante realizó el 9-II-01 con el Fideicomiso una operación de crédito por \$25.000.000.00 que vencía el 11-VI-01. Como garantía le endosaron facturas cambiarias que quedaron bajo custodia de Fidufes, las cuales llegado su vencimiento esta última no canceló "aduciendo la iliquidez del patrimonio autónomo".

EN EL VIGÉSIMO PRIMERO dice que la suma de dinero adeudada ha figurado en los balances semestrales del fideicomiso.

EN EL VIGÉSIMO SEGUNDO afirma que la Fiduciaria Fes ha negado el pago de las obligaciones por capital e intereses.

EN EL VIGÉSIMO TERCERO afirma que el 9-VII-01, Fidufes informó a los inversionistas que Inversiones Químicas Ltda. había desfalcado al patrimonio autónomo, cobrando las facturas aceptadas a favor de este último mediante el retiro de cheques girados al Fideicomiso, endosándolos y consignándoles en su cuenta corriente, usando un sello mandado a hacer sin autorización.

EN EL VIGÉSIMO CUARTO afirma que el primer suplente del Presidente de Fidufes, en esa misma ocasión y refiriéndose al punto anterior, añadió que se desconocía el monto del faltante, por lo cual se suspendían los pagos a los acreedores.

EN EL VIGÉSIMO QUINTO afirma que Fidufes es responsable de la ocurrencia del desfalco debido a la negligencia con que administró el Fideicomiso incumpliendo las Cláusulas de los contratos de Fiducia y de maquila y enumera catorce. (14) faltas:

- a) No cumplió el objeto (Cláusula tercera) pues no destinó lo obtenido por las ventas de productos terminados al pago de las obligaciones del Fideicomitente y/o del Fideicomiso.
- b) No adquirió la materia prima para entregarla al Fideicomitente (Cláusulas Tercera (3ª), inciso segundo (2º) y Quinta (5º), numerales 2º y 4º).

- c) No controló el manejo de los inventarios, Cláusula Segunda (2ª), numeral Cuarto (4º).
- d) No invirtió los dineros obtenidos por créditos en el fondo común ordinario, mientras se destinaban al proceso de fabricación, Cláusula Quinta (5ª) numeral Segundo (2º) y Séptimo acápite: Derechos, numeral tercero (3º).
- e) No llevó legalmente la contabilidad del Fideicomiso.
- f) No aplicó la Cláusula Primera (1ª) numeral Cuarto (4º) que definió como "Beneficiarios" a las personas con quienes el Fideicomitente o el Fideicomiso hubieran adquirido obligaciones, ni la Cláusula Séptima (7ª), numeral Ocho (8) que obliga a expedirles el certificado de beneficio.
- g) No conformó la Junta del Fideicomiso (Cláusula Décima (10ª).
- h) No rindió los informes mensuales de gestión y administración, por lo cual los beneficiarios "vinieron a enterarse del desfaldo..... diez (10) meses después....".
- i) Dice que se violó la Cláusula Sexta (6ª) que obliga cada mes al fabricante a presentar al propietario una factura por el valor de la maquila del producto terminado, subproductos y desperdicios vendidos, debidamente soportadas con la facturas cambiarias de venta aceptadas por los clientes o compradores, sobre las cuales se abonarán los anticipos recibidos y el saldo se dará al FABRICANTE.
- j) Suministró el sello del patrimonio autónomo al Fideicomitente, lo cual sumado a la falta de control hizo que se apropiara del dinero de las ventas.
- k) Tampoco llevó un correcto inventario tanto de las materias primas como del producto terminado y los desperdicios.
- l) Si se hubiera exigido por "Fidufes el estricto cumplimiento de esta obligación, el patrimonio autónomo no hubiera sido desfaldado por Inverquímicas Ltda.", pues había estado informada de la realidad.
- m) La conducta delictual de Inverquímicas fue detectada por Fidufes 10 meses después de ocurrida, dado su desorden contable y administrativo, además de que dejó transcurrir más de un año antes de que iniciara las acciones penales, incumpliendo principalmente la Cláusula Séptima (7ª) numeral Tercero (3º).
- n) Incumplió gravemente el procedimiento en la Cláusula 13ª, la cual obligaba a que en el evento de que los recursos no fueran suficientes para pagar las obligaciones, de esto se notificara a los beneficiarios dentro de los diez (10) días calendario. Así mismo no solicitó la terminación de la maquila ni la entrega de los bienes al fideicomiso.

- o) Vigésimo sexto: Fidufes en calidad de administradora, debe responder al convocante por el daño a él causado (capital e intereses).

PRUEBAS SOLICITADAS

El doctor JUAN RAMON BARBERENA HIDALGO, apoderado de la parte convocante a nombre de su representado HERIBERTO ANDRADE solicitó en la demanda y acompañó a la misma las siguientes pruebas:

DOCUMENTAL:

1. Copia del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de pago celebrado entre INVERSIONES QUIMICAS LTDA como fideicomitente y FIDUCIARIA FES S.A., FIDUFES, celebrado el 5 de Octubre del 1999, que dio origen al FIDEICOMISO FA 097 INVERSIONES QUIMICAS.
2. Copia del contrato de Maquila celebrado el 19 de Octubre de 1999 entre el FIDEICOMISO FA 097 y FIDUCIARIA S. A. FES FIDUFES.
3. Acta de entrega de las facturas cambiarias de compra-venta correspondientes a las operaciones de descuento celebradas entre el Patrimonio Autónomo FA-097 y el señor HERIBERTO ANDRADE, suscrita por el señor OSCAR GALVEZ funcionario de la FIDUCIARIA FES. (Para el Tribunal no existió entrega de facturas al convocante).
4. Carta del 29 de Agosto del 2002 suscrita por CARLOS ALBERTO GUTIERREZ LLANOS, Director de Fiducia de Administración de FIDUFES.
5. Copia del acta de conciliación celebrada el día 29 de Agosto del 2002 en la Cámara de Comercio de Cali entre el señor HERIBERTO ANDRADE y la FIDUCIARIA FES, FIDUFES.
6. Carta del 29 de Agosto de 2002 en donde CARLOS ALBERTO GUTIERREZ LLANOS, Director de la Fiducia Administración de la sociedad FIDUCIARIA FES S.A., FIDUFES, le comunica a HERIBERTO ANDRADE el envío de la factura cambiaria No. 099479 expedida por INVERSIONES QUIMICAS con cargo al FIDEICOMISO FA 094 por la suma de \$2´961.072.oo.
7. Certificación de la tasa de interés de la superintendencia bancaria.

OFICIOS:

Solicitó se librara oficio a FIDUCIARIA FES S.A., FIDUFES, pidiendo los balances generales del FIDEICOMISO FA 097 INVERSIONES QUIMICAS por los años 1999, 2000, 2001, 2002 y lo corrido del 2003, a fin de establecer la situación económica

del FIDEICOMISO, como la condición de acreedor de HERIBERTO ANDRADE y la cuantía de las obligaciones.

TESTIMONIAL: Solicitó los testimonios de los señores SANTIAGO MOLINARI SARRIÁ y JUAN FELIPE MONDRAGÓN.

DECLARACION DE PARTE: Solicitó el interrogatorio de parte del señor Presidente de la FIDUCIARIA FES S.A., FIDUFES, doctor GABRIEL SUAREZ LOPEZ.

EXHIBICION DE DOCUMENTOS: Solicitó la exhibición de la totalidad de los libros y papeles de comercio del FIDEICOMISO FA 097.

Posteriormente el doctor JUAN RAMON BARBERENA, apoderado de HERIBERTO ANDRADE, en término señalado por el decreto 2651 de 1991 artículo noveno aportó las siguientes pruebas adicionales:

DOCUMENTAL

1. Carta de 5 de Junio del 2002 dirigida a HERIBERTO ANDRADE por el doctor GABRIEL SUAREZ LOPEZ Presidente Ejecutivo de la FIDUCIARIA FES contestando una queja de HERIBERTO ANDRADE a la Superintendencia Bancaria.
2. Carta del 29 de Agosto del 2002 dirigida al señor HERIBERTO ANDRADE por el doctor CARLOS ALBERTO FERNANDEZ LLANOS, Director de la Fiducia de Administración FIDUCIARIA FES, en donde le manifiesta que adjunta la factura cambiaria No.099479 por \$2´691.072.00 entregada como garantía de la operación efectuada entre el FIDEICOMISO FA-097 y el señor HERIBERTO ANDRADE
3. Acta de entrega de facturas cambiarias de compraventa correspondientes a operaciones de descuento celebradas entre el patrimonio autónomo FA 097 INVERSIONES QUIMICAS y el señor HERIBERTO ANDRADE.
4. Balance general del FIDEICOMISO FA 097 por el año de 31 de diciembre de 2001 en donde consta la..... de \$25´000.000.00.

1.5. PRETENSIONES

El convocante solicita al Tribunal declarar que Fidufes incumplió el Contrato de Fiducia Mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, celebrado el 5 de octubre de 1999 y, que en consecuencia, se le condene a pagar por el daño

emergente, por el lucro cesante y los gastos y costos que demande el trámite del proceso arbitral.

1.6. CONTESTACION DE LA DEMANDA Y PRUEBAS SOLICITADAS

la convocada, Fidufes, se opone a cada una de las declaraciones contenidas en las pretensiones, por carecer de fundamentos de hecho y de Derecho y solicita la condena del actor al pago de costas y agencias en Derecho.

Respecto a los hechos de la Demanda contesta cada uno de los mismos en su orden:

AL HECHO PRIMERO: Acepta que el 5 de Octubre de 1999 se celebró el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable y Fuente de Pago, no de garantía.

AL HECHO SEGUNDO: Este hecho en sus subnumerales 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7 y 2.8, manifiesta que el Convocante intenta transcribir la cláusula primera del Contrato Fiduciario, pero es claro en decir que la FIDUCIA no adquirió obligaciones personales.

AL HECHO TERCERO: Es cierto, y aclara que el Fideicomiso arranca con el ingreso de una suma inicial de dinero y continúa con el ingreso de los productos esperados por las ventas del negocio de materiales químicos y agrega que de esta estipulación, como de todas las del Contrato de Fiducia, se enteraron en su momento los acreedores del Fideicomiso.

AL HECHO CUARTO: Afirma que es una transcripción parcial de la cláusula tercera del Contrato, aclara que la FIDUCIA FES adquirió obligaciones de medio y no garantizó el objeto y finalidad trazados. Respecto a la compra de materias primas, señala que tratándose de compra de materia prima consistente en productos químicos requería de autorización especial que sí tenía el fideicomitente.

AL HECHO QUINTO: Manifiesta que es una transcripción de la cláusula cuarta y se atiene al tenor exacto de la estipulación contractual.

AL HECHO SEXTO: Dice que intenta transcribir la cláusula quinta que establece las instrucciones generales del fideicomitente. Se atiene al tenor exacto de la estipulación contractual y manifiesta que la gestión comercial de la Sociedad INVERSIONES QUIMICAS LTDA requiere de especiales conocimientos, de manera que esa firma adquirió obligaciones de resultado y la FIDUCIA, a su vez, se obligó esencialmente a administrar con diligencia los bienes y recursos del patrimonio autónomo. De este modo adquirió obligaciones de medio.

AL HECHO SEPTIMO: Manifiesta que el convocante se abstiene de hacer referencia a la cláusula sexta, inciso segundo, que indica que los bienes que conforman el patrimonio autónomo constituyen la Garantía y Fuente de Pago de las obligaciones adquiridas por el fideicomitente, independientemente de los actos de administración de la FIDUCIA; se atiene a la estipulación contractual, aclarando, que la disminución de las ventas afectaron financieramente el fideicomiso.

AL HECHO OCTAVO: Ciertamente, aclara que las cláusulas octava y novena del contrato establecieron los derechos y obligaciones del fideicomitente y de los beneficiarios, temas de importancia en el proceso que no son comentados en la Demanda. Entre las obligaciones del fideicomitente se consagró la de prestarle colaboración a la FIDUCIA para el cumplimiento de las obligaciones y para la defensa y protección de los bienes fideicometidos. Dice que era deber del fideicomitente suministrar toda la información de las tareas de cobro de las facturas y de venta del producto, de la disminución del volumen de las ventas que obligaba al fideicomitente a diseñar, implementar y poner en marcha gestiones de solución que fueran viables.

Manifiesta que los beneficiarios, al tenor de la cláusula novena tenían el derecho de participar en la junta del fideicomiso del cuál no hicieron uso y que en consecuencia, deben atenerse a las consecuencias, por haber declinado la realización de la auditoría del fideicomiso.

AL HECHO NOVENO: Dice que es una transcripción de la cláusula décima del Contrato que regula la junta del fideicomiso integrada por un representante de cada uno de los beneficiarios y el fideicomitente.

Indica que la falta de convocatoria por parte de la FIDUCIA no podía erigirse en razón para inhibir a la junta del fideicomiso para reunirse.

AL HECHO DECIMO: Señala que transcribe apartes de la cláusula décima en donde hace referencia a las funciones de la junta del fideicomiso y resaltando la auditoría del mismo, se atiene al tenor exacto de la estipulación contractual.

AL HECHO UNDECIMO: Manifiesta que la junta del fideicomiso jamás se reunió, la FIDUCIA si realizó reuniones del fideicomiso de las que participó el Convocante por intermedio de la mesa de dinero P&G.

AL HECHO DUODECIMO: Indica que en este hecho el Convocante intenta transcribir la cláusula décima tercera del contrato referente al incumplimiento de las obligaciones, dice que se atiene al tenor literal de la referida estipulación.

AL HECHO DECIMO TERCERO: Es cierto, y agrega que no hace parte del objeto de la demanda.

AL HECHO DECIMOCUARTO: Manifiesta que el 19 de Octubre de 1999 se celebró entre la FIDUCIARIA FES y el fideicomitente INVERSIONES QUIMICAS LTDA, un Contrato de Maquila y Comercialización de bienes que es de naturaleza netamente bilateral y que no puede ser invocado como Fuente de Derechos por el convocante, quién no es parte de él.

AL HECHO DECIMO QUINTO: Dice que hace referencia indebida al Contrato de Maquila, que no puede ser invocado como fuente de derechos por el convocante y que éste dio lugar a la formulación del recurso de reposición contra la determinación del Tribunal de admitir la demanda debido a su incompetencia.

AL HECHO DECIMO SEXTO: Dice que intenta transcribir la cláusula segunda del Contrato de Maquila, que considera que es una estipulación ajena a las pretensiones de este proceso y a los alcances de una eventual decisión arbitral.

AL HECHO DECIMO SEPTIMO: Señala que es una referencia indebida al Contrato de Maquila.

AL HECHO DECIMO OCTAVO: Manifiesta que es una referencia indebida al Contrato de Maquila.

AL HECHO DECIMO NOVENO: Dice de que a pesar de que la técnica de la demanda consiste en involucrar el Contrato de Maquila, pasa por alto la cláusula sexta que preceptúa que el fabricante será el encargado de comercializar directamente, cobrar las facturas y de pagar al propietario.

AL HECHO VIGESIMO: No es cierto de la manera como esta planteado: el ingreso procedente del señor HERIBERTO ANDRADE, fue solo una consecuencia de operaciones financieras entre el Convocante y el fideicomitente. El Convocante nunca estableció relación de negocios con la FIDUCIARIA para el trámite y otorgamiento de créditos y éstos se otorgaron sin la intervención y participación de la FIDUCIARIA. Entre las instrucciones se establece que la FIDUCIARIA actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado FA 097, y que el monto de la tasa de interés o de descuento, la forma de pago tanto de los intereses como del capital y el valor de las comisiones son responsabilidad del fideicomitente, y a FIDUFES solo le correspondía acatar las instrucciones de ese fideicomitente. Explica la responsabilidad civil y la relación de causa-efecto entre el supuesto hecho dañoso y el respectivo perjuicio.

AL HECHO VIGESIMO PRIMERO: Dice que implica afirmaciones cuya carga probatoria corresponde al Convocante, pero, admite que la FIDUCIA preparó y presentó los balances semestrales del fideicomiso.

AL HECHO VIGESIMO SEGUNDO: Manifiesta que la FIDUCIARIA nunca ha negado el pago de obligaciones. Los deberes de la FIDUCIARIA dependen de la

solvencia del patrimonio autónomo, por tanto, no es dable asegurar que decidió negar pagos al Convocante.

AL HECHO VIGESIMO TERCERO No es cierto, corresponde al Convocante comprobar las afirmaciones.

AL HECHO VIGESIMO CUARTO: No es cierto, corresponde al Convocante comprobar las afirmaciones.

AL HECHO VIGESIMOQUINTO: No es cierto que la FIDUCIARIA sea la responsable de unos supuestos “desfalcos” por parte del fideicomitente, ni que se deban a negligencias, pues, en realidad la disminución del volumen de las ventas fue el hecho que directamente incidió en la mala situación financiera. Dichas imputaciones no tienen relación de causa a efecto.

Agrega que la verdad del fideicomiso es la siguiente: INVERSIONES QUIMICAS con la constitución del patrimonio autónomo procuró obtener capital de trabajo para continuar con su actividad empresarial a través de los contratos suscritos con Fidufes y continuar con el proceso de producción, comercialización y transferencia del producto terminado.

Que siendo una empresa, no garantizaba resultados favorables e implicaba un alea de éxito o fracaso y que asumió por completo los riesgos de perdidas y faltantes que afectaron al patrimonio autónomo.

Indica que la causa primera y fundamental de la situación de iliquidez la constituye el hecho de la disminución del volumen de ventas del producto terminado y que una eventual responsabilidad solo puede estar determinada por la relación de causalidad entre el hecho y el hipotético daño, de modo que este último tenga ocurrencia como resultado directo, único y exclusivo del primero, nada de lo cual acontece en este asunto.

AL HECHO VIGESIMO SEXTO: No es cierto que a la FIDUCIARIA le corresponda salir a reparar el daño causado al Convocante. No hay vínculo causal entre el perjuicio alegado, si existiera, y el hecho que se aduce como generador de la supuesta responsabilidad. Agrega que en este orden de ideas, cualquier referencia a la falta de recursos no puede comprometer para nada a la FIDUCIARIA, solo encargada de administrar los activos que se le entregaran en desarrollo del contrato de Fiducia.

PRUEBAS SOLICITADAS

El doctor JORGE ENRIQUE CRESPO BOTERO como apoderado de la FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES, acompañó las siguientes pruebas documentales.

1. Poder especial de GABRIEL SUAREZ LOPEZ, gerente de la FIDUCIARIA FES al doctor JORGE ENRIQUE CRESPO.
2. Certificación de la Superintendencia Bancaria y certificado la Cámara de Comercio de Cali.
3. Actas No. 001 del 23 de Diciembre de 1999, No. 002 del 28 de Enero del 2000, No.003 del 23 de Febrero del 2000, No 004 del 23 de Mayo del 2000, No. 005 del 25 de Mayo del 2000, No.006 del 23 de Junio del 2000, No. 007 del 10 de Julio del 2000, No. 008 del 25 de Octubre del 2000, No. 009 del 20 de Noviembre del 2000, No. 010 del 25 de Enero de 2001, No.011 del 30 de Enero del 2001, No.012 del 13 de Febrero de 2001, No. 013 del 10 de Octubre de 2001 (sic), No. 014 del 11 de Junio del 2001, No. 015 del 26 de septiembre del 2001, No.016 del 10 de Octubre del 2001, No. 017 del 26 de Octubre del 2001, No. 018 del 9 de Noviembre del 2001, No. 019 del 9 de Noviembre del 2001 y No 020 del 28 de Noviembre de 2001
4. Cuadro de análisis del volumen de ventas preparado por el doctor HECTOR JAVIER ARANA, director de Banca de Inversión de la Fiduciaria.

TESTIMONIOS: Solicitó decretar la recepción de los testimonios de DINO AMALFI ALVAREZ, y HECTOR JAVIER ARANA GARCIA,.

DECRETO DE PRUEBAS

Las pruebas antes enumeradas fueron decretadas en la continuación de la primera audiencia de trámite del 30 de Julio del 2004 contenidas en el acta No.7.

CAPITULO SEGUNDO

PRUEBAS PRACTICADAS:

1. PRUEBAS DE OFICIO:

El Tribunal de Arbitramento decretó una prueba pericial contable a fin de determinar las causas contables y financieras por las cuales no fueron canceladas las obligaciones contraídas por el FIDEICOMISO FA 097 INVERSIONES QUIMICAS con el señor HERIBERTO ANDRADE. Para tal efecto se nombró al contador LUIS EDUARDO HUERTAS.

En desarrollo del debate propio del proceso fueron decretadas todas las pruebas solicitadas por las partes y la decretada de oficio por el Tribunal.

No se formuló tacha de falsedad contra ninguno de los documentos aportados por las partes.

La diligencia de exhibición parcial de documentos solicitada por el Apoderado del convocante, fue practicada en el lugar de funcionamiento del Tribunal al ser aportadas al proceso por el Apoderado de la Convocada.

RENUNCIA A PRUEBAS TESTIMONIALES.

La parte Convocante renunció a los testimonios de los señores: Santiago Molinari Sarria y Juan Felipe Mondragón, que había solicitado con la Demanda y la convocada renunció al de Dino Amalfi Alvarez.

Los oficios despachados por el Tribunal en desarrollo del auto que decretó pruebas fueron respondidos.

El dictamen pericial rendido por el perito nombrado señor Luis Eduardo Huertas fué practicado y luego de solicitada su ampliación y complementación, no fue tachado por error grave.

1.3. LO QUE ESTÁ PROBADO:

La Legitimación en la causa del solicitante:

Para el Tribunal está probada la existencia del señor Heriberto Andrade y su calidad de beneficiario en el Fideicomiso F. A. 097

Legitimación en la causa de la sociedad demandada.

Está probada también la legitimación en la causa de la sociedad demandada, por cuanto, como ya se dijo, es la persona jurídica legitimada para pronunciarse sobre las pretensiones del convocante.

El interés para obrar del demandante.

Para el tribunal, también es evidente que existe interés para obrar del solicitante, lo cual se desprende de la demostración de su legitimación en la causa.

La existencia de Contratos de Fiducia y de Maquila.

Incumplimientos.

Incumplimientos contractuales tanto del Fideicomitente, como del beneficiario y de la Fiduciaria.

El daño.

Proveniente de incumplimientos de obligaciones contractuales por las partes del Contrato, a los cuales nos referiremos "in extenso" más adelante.

1.4. LA CONTROVERSIA JURÍDICA.

De la lectura de la demanda se evidencia la pretensión del actor consistente en que sea indemnizado por la Convocada, en su condición de Fiduciaria, por los daños causados por el incumplimiento de FIDUFES de las obligaciones contenidas en los contratos suscritos entre las partes; por su parte, la Convocada niega la existencia de incumplimientos contractuales que tengan relación de causalidad con el supuesto daño, afirma que las obligaciones contraídas fueron de medio y no de resultado, aduce la incompetencia del Tribunal y afirma que la causa del no pago de las obligaciones contraídas por el Fideicomiso FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS fue la caída en las ventas.

CAPITULO TERCERO

ALEGACIONES DE LAS PARTES

El Señor Apoderado de la parte Convocante presentó su alegato de conclusión argumentando en forma detallada las razones que según él, le asisten para obtener del Tribunal un Laudo conforme a las pretensiones contenidas en el libelo de la demanda.

Escrito que resumimos a continuación. Comienza por señalar como marco legal que gobierna el conflicto a los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, insistiendo en la aplicación del principio de la buena fé que debe regular los contratos al tenor del artículo 871 del mismo Código y a todo lo que corresponda a la naturaleza del contrato, a la costumbre y a la equidad.

Insiste a lo largo de su escrito en la aplicación del artículo 1604 del Código Civil en su inciso tercero, que establece que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a la FES; hace un recuento de los deberes del fiduciario establecidos en el estatuto Mercantil, resalta la obligación del fiduciario de responder hasta por la culpa leve, insiste en la legitimidad en la causa de su Mandante, predica la negligencia de la FES en el incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, hace énfasis en los hechos de la demanda, según él probados dentro del proceso arbitral, insistiendo en que el objeto del contrato de Fiducia no fue cumplido, debido a la conducta omisiva de la Convocada al permitir el desfalco del fideicomiso al no haber tenido controles contables ni auditoría suficientes y que no obstante haber

detectado el desfaldo tardíamente, continuó ejecutando el contrato "dejándose manipular" por el gerente de la Fideicomitente; afirma que éste se apropió de materias primas de propiedad del Patrimonio Autónomo. Para acreditar las irregularidades incurridas por la Fiduciaria cita actas y correspondencia aportadas al proceso en donde se evidencian inconsistencias entre las facturas cobradas y las que se encuentran en poder de la Fiduciaria, indica que al finalizar las pruebas FIDUFES no sabía a cuanto ascendía el faltante imputable al Fideicomitente. Afirma que *"... FUDUCIARIA FES supo desde el 23 del mes de junio de 2000 e inclusive desde antes, las artimañas protagonizadas por INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA, para apropiarse de los dineros de propiedad del PATRIMONIO AUTÓNOMO FA 097 INVERSIONES QUÍMICAS, consignando el valor de las facturas pagadas por los compradores de los productos vendidos en el ejercicio del contrato de maquila y sin embargo, guardó silencio cómplice primero frente a los prestamistas de dinero, como es la sociedad que represento, segundo frente a la Superintendencia Bancaria y tercero frente a la Fiscalía General de la Nación como era su deber."*; afirma que la FES se limitó a denunciar penalmente a los Fideicomitentes; señala como incumplimientos probados de la Fiduciaria que ésta no adquirió la materia prima que se había obligado a adquirir (hecho vigésimo quinto), agrega que el incumplimiento de tal obligación contractual no permitió la elaboración de inventarios de materia prima que hubieran permitido ejercer en gran parte la función de dirección, señala que en el expediente obran una gran cantidad de pruebas documentales en donde la Fiduciaria requiere a la Fideicomitente para que explique inconsistencias entre la contabilidad llevada por la Fiduciaria y lo que se encuentra en inventarios físicos, afirma que la FES estando informada de los ilícitos protagonizados por el Fideicomitente al apropiarse de dineros de propiedad del patrimonio autónomo no los ha asentado en la contabilidad del mismo; arguye que la Fiduciaria no sabe a la fecha sobre el valor de los activos que quedaron en poder del Fideicomitente; que la FES hasta la fecha no ha liquidado el Patrimonio Autónomo; señala como incumplimiento la no convocatoria a la Junta del Fideicomiso a los Beneficiarios, señala como incumplimiento a la cláusula sexta del contrato de maquila que obligaba a la FES a estar informada sobre cuanto vendía el Fideicomitente, a saber cuanto subproducto quedaba, a hacerse a las facturas cambiarias producto de las ventas hechas por el Fideicomitente; señala que FIDUFES descubrió el desfaldo a mediados de junio del 2000; que descubierto el desfaldo se limitó a suscribir cartas reclamando y nada hizo respecto a los deudores de las facturas; agrega que FIDUFES se demoró cerca de dos años para presentar denuncia penal formal contra los Fideicomitentes.

Frente al dictamen pericial lo desestima al haber considerado que FIDUFES no presentó fallas administrativas como Fiduciaria.

Por su parte el Señor Apoderado de FIDUFES presentó un extenso alegato que el Tribunal resume así:

Se refiere inicialmente a los hechos de la demanda señalando que resumen en forma parcial e inexacta las cláusulas del contrato de maquila y del contrato de Fiducia FA 097 INVERQUIMICAS; frente a las pretensiones de la demanda se opone a las mismas, se reafirma en la ausencia del presupuesto sustancial de legitimación en la causa por pasiva, seguidamente, insiste que entre Heriberto Andrade y FIDUFES no existe pacto contractual para someter a este Tribunal sus diferencias contractuales y que el Tribunal ha incurrido en una evidente violación de la Constitución y de la Ley al asumir competencia; acerca del Fideicomitente señala que en el Contrato están definidos sus deberes y responsabilidades y que la actividad de la Fiduciaria arranca con el aporte de una suma inicial de dinero entregada por el fideicomitente y continúa con el ingreso de los productos esperados por las ventas del negocio de materiales químicos. Si bien esas actividades comerciales de los productos químicos se realizan durante el período de la fiducia, no hacen parte de ella, sino en tanto se producen resultados. A partir de ese momento es que le correspondía a la Fiduciaria realizar la administración de su encargo:", luego, hace referencia a las obligaciones contraídas por el Fideicomitente. En referencia a las obligaciones de la Fiduciaria, señala que están relacionadas en el contrato en donde la administración quedó radicada en la Fiduciaria únicamente en relación con el manejo de los recursos que ingresaran con el fin de destinar parte al pago de las obligaciones en los términos contratados; afirma que hay inexistencia de solidaridad entre FIDUFES y el Fideicomiso, se refiere a que la causa de la iliquidez del Patrimonio Autónomo fue la disminución de las ventas como lo acreditó con las pruebas testimoniales y periciales.

CAPITULO CUARTO

CONSIDERACIONES

Para el Tribunal es de capital importancia determinar con precisión, el marco legal dentro del cual tomará su decisión en el Laudo que debe dictar. Para tal efecto, parte de la existencia de una relación contractual entre el Convocante y la Convocada regulada por el texto mismo del contrato de FIDUCIA FA-097, en el cual las partes definieron y precisaron el contenido de sus derechos y obligaciones

contractuales y por las normas propias de contrato de Fiducia regulado por el Código de Comercio y por el Estatuto Financiero.

Tratándose de un caso típico de responsabilidad civil contractual, a juicio del Tribunal deberán establecerse si existen o no los elementos que la suponen de acuerdo con la ley, la jurisprudencia y la doctrina sobre el tema.

Otro elemento fundamental para dirimir el conflicto jurídico sometido a consideración del Tribunal, es el de precisar si el Contrato de Fiducia FA- 097 contiene obligaciones de medio o de resultado y a quien corresponderá la carga de la prueba en cada caso.

Para el Tribunal merece especial atención subrayar que las cláusulas de los Contratos firmados entre el Fideicomitente y FIDUFES, en la medida en que no desconozcan disposiciones de orden público y que la ley no las considere nulas o ineficaces, conservan su validez y constituyen expresiones de la voluntad de los contratantes y, en consecuencia, son referentes obligatorias para determinar la existencia de eventuales incumplimientos de las obligaciones contractuales, dado el carácter consensual del Estatuto Comercial, como también lo expresa el artículo 1.602 del Código Civil.

El Código de Comercio regula el Contrato de Fiducia en los artículos 1.226 a 1.244, y en el artículo 1.243 establece: "***El Fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.***", punto que merecerá especial tratamiento, más adelante.

El Contrato de Fiducia, en general, contiene obligaciones de medio y de resultado.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto No 663 de 1993, regula a las sociedades fiduciarias en el artículo 29, señalando las actividades que podrán desarrollar, y en su numeral 3º establece como prohibición general: "***Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener como objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley.***" Cabe advertir que para el Tribunal las normas citadas deben interpretarse en concordancia con las disposiciones del Código de Comercio referentes al contrato de Fiducia y, por tanto, considera que, en general, las obligaciones en los contratos de Fiducia deben ser de medio y excepcionalmente, de resultado.

No obstante la anterior disposición, el Tribunal considera, en aras de una mayor inteligencia sobre el conflicto sometido a su consideración, expresar su criterio acerca de los elementos sustanciales diferenciadores de las obligaciones de medio y de resultado, apoyándose en la doctrina y en la jurisprudencia.

La jurisprudencia colombiana ha aceptado la clasificación de Demogue de las obligaciones en obligaciones de medio y de resultado desde el primer tercio del siglo pasado, permitiéndole solucionar problemas conceptuales que no tenían fáciles soluciones en las clasificaciones de las obligaciones que las antecedieron, concretamente, en los temas referentes a la culpa y a la carga de su prueba.

La jurisprudencia, acogiendo la clasificación de Demogue ha persistido y desde el punto de vista teórico y práctico ha permitido resolver conflictos jurídicos originados en el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Autores extranjeros y nacionales se han referido, a profundidad, sobre el tema, Javier Tamayo Jaramillo en su obra De las Obligaciones, tomo I, Edit Temis, pag 363, dice: ***"Desde el 5 de noviembre de 1935, La Corte Suprema de Justicia, y con ella los tribunales y jueces del país, han introducido en forma expresa, la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, asignándoles las mismas consecuencias que le han dado los autores y tribunales en el derecho comparado."*** Y cita, parcialmente, un célebre fallo, que tiene especial importancia por la precisión conceptual de la definición de las obligaciones en obligaciones de medio y de resultado:

"Ahora bien, en materia de responsabilidad civil contractual, la división clásica en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, y la posterior a esta, en obligaciones positivas y negativas, no proporciona un método para la solución de los problemas referentes a la culpa y a la carga de su prueba. Débese a la clasificación introducida por Demogue, en obligaciones de resultado y en obligaciones de medio, el que se haya logrado superar la mayor parte de las dificultades que a ambos respectos suelen presentarse."

"El contenido de cualquier obligación consiste en la prestación que el acreedor puede reclamar al deudor y que este debe suministrar. La prestación, pues, o bien es una conducta del deudor en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad debe producir el deudor a favor del acreedor. Dicho en otras palabras, la obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al deudor a realizar ese hecho o a obtener ese"

resultado deseado por el acreedor. El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido, tienen las características de ser claros, precisos y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. En cambio, en las obligaciones de medio, el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretende el acreedor. El deudor solo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que este se alcance.”

Como lo manifiesta Tamayo Jaramillo, desde 1935 la Corte Suprema de Justicia ha aceptado la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado y las definiciones citadas tienen la virtud de darnos elementos claros y precisos para establecer si todas las obligaciones principales contenidas en el Contrato de Fiducia FA-097 son de medio o de resultado, y tal precisión tiene consecuencias jurídicas en el momento de establecer el alcance de la existencia o no de incumplimientos contractuales de la Convocada teniendo en cuenta el acervo probatorio aportado al proceso arbitral y el texto del contrato de fiducia celebrado.

En los eventos de los contratos contentivos de obligaciones de medios Le Tourneau dice, pag 11 idem,, Edir Temis, traducido por Javier Tamayo dice: ***“Pero el deudor puede no comprometerse sino a poner al servicio del acreedor todos los medios de los que dispone para ejecutar el contrato lo mejor posible. El no promete alcanzar un objetivo preciso (un resultado), sino que procurará conseguirlo, mediante un comportamiento adaptado y un esfuerzo perseverante. De allí que el acreedor que se queja del incumplimiento o de una mala ejecución deberá probar la culpa del deudor.”***

Requisitos de la responsabilidad civil contractual y la carga de la prueba.

Adicionalmente, la Jurisprudencia y la Doctrina han establecido como requisitos de la responsabilidad civil contractual, que haya un perjuicio a un Contratante por incumplimiento de obligaciones legales y contractuales por parte de otro Contratante y que exista una relación de causalidad entre el perjuicio y el incumplimiento probado, correspondiendo a quien afirme el incumplimiento contractual la carga de la prueba.

Javier Tamayo Jaramillo en su Obra De la Responsabilidad Civil, tomo 1, Edit temis, pag 247 dice refiriéndose a la prueba del nexo causal en la jurisprudencia colombiana: ***"La jurisprudencia colombiana en reiteradas oportunidades, ha reafirmado la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño, y, salvo las excepciones a que nos hemos referido, afirma la necesidad de que sea el demandante quien establezca esa relación o nexo."***

La existencia del daño.

El Profesor Philippe Le Tourneau en su Texto La Responsabilidad Civil, traducido por el Dr. Javier Tamayo, Edit Legis, pag. 60, coincidiendo con el Dr. Fernando Hinestroza y Juan Carlos Henao en cuanto a que para que haya indemnización debe existir previamente un daño, dice: ***"En responsabilidad no hay acción sin perjuicio."***, en consecuencia, para que haya responsabilidad debe existir daño emergente y/o lucro cesante en cualquiera de sus diferentes modalidades.

Existencia del nexo causal.

Desde 1.935 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y la jurisprudencia posterior han sido claras en señalar como uno de los requisitos de la responsabilidad civil la necesidad de que haya relación de causalidad entre el incumplimiento contractual, o desfallecimiento contractual en los términos de Le Tourneau y el perjuicio.

En referencia a la existencia de la relación de causalidad entre el perjuicio o el daño y el hecho dañino dice el Profesor Le Tourneau: ***"Racionalmente la responsabilidad civil supone un nexo de causa a efecto entre el perjuicio y el hecho dañoso. Este último debe haber sido la causa generadora del daño.."*** pag 75; para Le Tourneau la prueba del nexo causal corresponde al demandante y la causalidad debe entenderse como un elemento autónomo que debe cumplir con ciertos requisitos.

Para el Tribunal es claro que la relación de causalidad existente entre el hecho dañoso y el perjuicio debe ser necesaria, aunque excepcionalmente la jurisprudencia ha admitido la concurrencia de causas.

Características del nexo causal.

Para el autor francés el nexo causal debe cumplir con los siguientes requisitos:

idem, pag 85. "1. Certeza.- Esta característica es indiscutida. La Corte de Casación casa sistemáticamente fallos que o bien no constatan la existencia del nexo de causalidad, o bien, retienen una responsabilidad pese a que admiten que la incertidumbre sobre la causa del daño subsiste...."

2. Carácter directo.- En materia contractual, el artículo 1151 excluye el perjuicio indirecto de los daños y perjuicios, incluso en casos de dolo.....

3. Ausencia de causal de exoneración. "pag. 90 "Todos los casos de responsabilidad civil suponen que el demandante haya sufrido un perjuicio que resulte de un hecho imputable al responsable por una relación de causa a efecto. Ahora, este no es el caso si el perjuicio es la consecuencia de una causa extraña (fuerza mayor, hecho de un tercero o su propio hecho) o se explica por un hecho justificativo (concretamente el ejercicio de un derecho; la orden de la ley o de la autoridad legítima; la legítima defensa)."

El derecho comparado y la jurisprudencia nacional han coincidido en la necesidad de que haya certeza sobre la causalidad, definiéndola como necesaria respecto de la ocurrencia del hecho dañoso que debe existir para que exista la acción indemnizatoria derivada de los incumplimientos contractuales.

El incumplimiento contractual.

Es preciso aclarar que el citado autor francés critica el término de responsabilidad contractual y propone la expresión de desfallecimiento contractual para referirse a los incumplimientos derivados de la ejecución de obligaciones contractuales.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han coincidido en que los incumplimientos contractuales pueden ser puros y simples, defectuosos o parciales, quedando el deudor exonerado, solamente si prueba la existencia de una causa extraña, sobre el tema Le Tourneau manifiesta. **"La inejecución contractual puede ser total o parcial (lo que también sucede en caso de ejecución defectuosa y de la que ocurre como consecuencia del retardo), versar sobre la obligación principal o sobre una obligación accesoria. La inejecución constituye un desfallecimiento contractual, generalmente designado bajo la expresión del "culpa contractual" (a cuyas consecuencias el deudor puede escapar si establece la existencia de una causa extraña)."**

Sobre el incumplimiento del deudor dice: **"La inejecución es la del deudor, la que solo el acreedor puede normalmente invocar. El principio de la**

relatividad de las convenciones se prolonga por el de la relatividad del desfallecimiento contractual, en virtud del cual éste último es inaplicable cuando la víctima es ajena al contrato. Sin embargo, el efecto relativo de los contratos no prohíbe a los terceros invocar la situación de hecho creada por una convención en la cual ellos no han sido parte o, más precisamente, de prevalerse de la violación de esta convención como de una falta cuasidelictual, cuyo perjuicio sufrido por ellos es la consecuencia.”

La noción de culpa en la ejecución de los contratos.

El artículo 1.604 del Código Civil se refiere expresamente a las distintas clasificaciones de la culpa, pero, la jurisprudencia nacional, en forma reiterada, ha hecho caso omiso a la división tripartita de la culpa debido a que no es de aplicación mayoritaria y ha persistido en la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medio y de resultado con implicaciones específicas respecto de la carga de la prueba.

Prueba de la culpa

El Legislador se ha ocupado del tema de la prueba de la culpa, como también lo han hecho la jurisprudencia y la doctrina; en algunos eventos la ley establece presunciones de culpa en favor del deudor y en otros eventos la carga de la prueba le corresponde al acreedor.

El Doctor Javier Tamayo Jaramillo, idem pag 180, sobre el tema dice” ***Tanto en responsabilidad contractual como extracontractual, la culpa unas veces se presume, y en otros corresponde al demandante probarla”.***

“En materia contractual, la culpa se presume, por ejemplo, cuando la cosa debida perece en poder del deudor, según lo prescribe el artículo 1730 del Código Civil. De su lado, una de las presunciones de culpa en materia extracontractual la encontramos en la responsabilidad por el hecho de un tercero, según se desprende del artículo 2347 del Código Civil, norma según la cual, una vez probado el hecho ilícito por parte del directamente responsable; la ley presume que fue por culpa del civilmente responsable por lo que el causante del daño se comportó en forma indebida.

En estos dos casos estamos ante auténticas presunciones de culpa, pues el simple hecho del daño permite ignorar completamente el análisis de la conducta responsable. Es a este a quien corresponde demostrar diligencia y cuidado.

En cambio, la culpa contractual deberá probarse en algunas obligaciones contractuales de medio. Es lo que ocurre, por ejemplo, en la responsabilidad del mandatario o de las personas que prestan servicios que suponen largos estudios (C. C. art. 2184) Y en materia extracontractual la culpa deberá ser probada en la responsabilidad por el hecho propio establecida en el artículo 2341 del Código Civil”, por tanto, en materia de la carga de la prueba, el Tribunal se atenderá a la jurisprudencia reiterada de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

El examen de los daños causados, a posteriori, por un eventual incumplimiento puro y simple o imperfecto de obligaciones contractuales permite establecer, fácilmente, en la mayoría de los casos, las causas generadoras de perjuicios causados por un contratante a otro y, en tratándose de obligaciones de resultado tal examen no tendrá ninguna importancia, pero, en tratándose de situaciones generadas en contratos contenedores de obligaciones de medio adquiere toda su importancia.

En la práctica judicial nacional como en el derecho comparado, los jueces buscando la equidad y sentencias justas, han coincidido en que el escenario más ecuánime para estudiar los incumplimientos contractuales, “culpas” es el de hacerlo antes de que ocurran, cuando se trata de establecer la comparación entre el arquetipo abstracto de comportamiento exigible y el comportamiento efectuado por el deudor contractual.

Debido a la precisión conceptual de Javier Tamayo Jaramillo, el Tribunal se remitirá y acogerá como argumentos de autoridad sus consideraciones y análisis sobre el tema.

Apreciación a priori o a posteriori de la culpa.

Tamayo, idem pag 192: “***En efecto, si se hace una apreciación a priori de la conducta del causante del daño, el juez debe preguntarse cuáles eran las medidas razonables que el primero debería haber tomado para evitarlo. El juez se coloca en la posición de un hombre prudente y normal que, en el actuar de su vida, prevé razonablemente cómo pueden suceder las cosas, sin exigirle tomar y prever todas y cada una de las medidas necesarias para evitar el daño.***

En cambio, si adopta el método de la apreciación a posteriori, el juez debe preguntarse cuáles eran las medidas necesarias (no sólo

razonables) para evitar el daño. Ocurrido el daño, fácil es advertir que, de haberse realizado u omitido determinada conducta, aquel no habría existido, lo que significa que lo prudente era haber omitido o realizado dicha conducta y como esta de hecho no se realizó o no se omitió, el demandando incurrió en culpa.

Como se ve, si el juez aplica la segunda conducta solución siempre encontrará que el causante del daño es culpable. En cambio, si aplica la primera solución, el juez puede llegar a la conclusión de que el causante del daño no cometió culpa en la medida en que haya tomado medidas razonables."

En general, los tribunales acogen la doctrina de la apreciación a priori de la culpa, pues de lo contrario la responsabilidad se convertiría en objetiva, aunque disfrazada de subjetiva.", Tamayo Jaramillo, es claro y objetivo en el análisis de los escenarios para establecer la existencia o no de la culpa contractual, el Tribunal, estima que en el caso en estudio deberá establecerse la responsabilidad presunta de la Fiduciaria a priori.

El artículo 1604, inciso 3º no consagra una presunción de culpa contractual.

El citado artículo, a juicio del Tribunal, debe estudiarse, no aisladamente, no exegéticamente, sino en relación con todas las instituciones propias de la responsabilidad civil contractual y naturalmente de los contratos, porque tal cambio de perspectiva tendrá consecuencias concretas en las conclusiones que contendrá el Laudo Arbitral.

Los Arbitros consideramos que las reglas generales contenidas en el artículo 1604 del Código Civil y concretamente su inciso 3º, que reza: **"La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega"**, en ningún caso es una regla general si lo contrastamos con las normas que hacen referencia a la culpa y a la carga de su prueba.

Coincidimos con Javier Tamayo. Idem pag 342. Cuando se refiere al tema en los siguientes términos: **" En nuestro concepto, el aparente principio general de la presunción de culpa contractual realmente es inexistente, sin que por ello desconozcamos que la presunción de culpa exista en no pocos casos, sobre todo tratándose de la pérdida de la cosa que se debe, pues así lo establece expresamente el artículo 1730 del Código Civil. Pero de allí a**

pretender formular el principio general de que esa presunción siempre existe, salvo casos excepcionales, hay una gran distancia.”

Idem, pag 348: ***“ En conclusión, creemos que no es válida la teoría según la cual el inciso 3º del artículo 1604 consagra una presunción de culpa contractual. Dicha presunción existe en algunos casos, sobre en todo en la pérdida de la cosa que se debe, según el artículo 1730 del Código Civil. Pero de allí a sentar un principio general de presunción de culpa contractual es ilusorio, puesto que según hemos dicho y lo diremos más adelante, hay casos de responsabilidad con culpa probada, y otros en que ni siquiera la ausencia de culpa o la causa extraña liberan de responsabilidad al deudor.”***

Para el Tribunal la afirmación de que el texto contenido en el inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil no es una regla de carácter general queda probada, debidamente, con el análisis del tan citado Tamayo Jaramillo sobre los eventos en que debe ser probada la culpa contractual.

Casos en que se debe probar la culpa contractual.

Idem pag 348: ***“ a) En primer lugar nos encontramos con una serie de obligaciones contractuales consistentes en la prestación de un servicio que hace el deudor al acreedor, o en la realización de un encargo que hace el mandante al mandatario.***

Es lo que ocurre, por ejemplo, con las obligaciones derivadas del contrato de servicios médicos, o profesionales de un abogado; de las derivadas de los contratos de confección de una obra material, o de las derivadas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales etc.

En todos estos contratos, cuando el acreedor alega que la obligación ha sido cumplida en forma imperfecta, tácitamente está aceptando que desde el punto de vista material físico el deudor cumplió la prestación a que estaba obligado, y por lo tanto la única forma de establecer que el cumplimiento ha sido imperfecto es demostrando que hubo una negligencia de parte del deudor al ejecutar la obligación a que estaba obligado.”

b) “ De igual manera, encontramos algunas excepciones al principio de que en la pérdida de la cosa que se debe se presume la culpa del deudor, y por lo tanto, en algunos casos excepcionales, tal culpa debe ser

probada por el acreedor que sufrió un perjuicio con la pérdida de la cosa debida."

c) pag 352: " Por otro lado, el artículo 1738 del Código Civil establece que: " En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable". A su turno, el artículo 1730 establece la presunción de culpa de deudor, en el caso de la pérdida de la cosa que se debe.

Uno no encuentra mayores dificultades en explicarse la presunción de culpa que pesa contra el deudor, pues éste puede desvirtuarla estableciendo su propia diligencia y cuidado, o la causa extraña, si es que la ley le exige una u otra forma de prueba.

d) También encontramos responsabilidad de culpa contractual probada, en la compraventa, cuando, en tratándose de la evicción, el artículo 1912 establece: " Si la sentencia negare la evicción, el vendedor no será obligado a la indemnización de los perjuicios que la demanda le hubiere causado al comprador, sino en cuanto la demanda fuera imputable a hecho o culpa del vendedor."

Ello quiere decir que si la evicción prospera el vendedor estará obligado a indemnizar al comprador de todos los perjuicios, y en tales circunstancias no se exonera ni siquiera demostrando la causa extraña, ni mucho menos la diligencia y cuidado. Pero si la sentencia en el proceso de evicción declara que esta no ha sido probada, de todas maneras el comprador de la cosa puede sufrir perjuicios por razón del proceso. Pero la ley sostiene que para que el comprador pueda demandar esa indemnización de perjuicios, deberá probar la culpa del vendedor.

Pag 253 e) También en el contrato de arrendamiento encontramos otro caso en que el acreedor deberá establecer la culpa del deudor, y por tanto la presunción de culpa no existe. "

Pag 355: En conclusión, pues, en no pocas oportunidades la culpa contractual debe ser probada, y por lo tanto no es válido el principio general según el cual se presume dicha culpa y que esta puede ceder indistintamente ante la prueba de la diligencia y cuidado, o de un caso fortuito."

Reducción del monto indemnizable.

El art. 2.357 del Código Civil establece la reducción del monto indemnizable en caso de que la culpa de la víctima haya contribuido causalmente a la producción de su propio daño.

El incumplimiento contractual y la culpa contractual deben estar ligados al incumplimiento de obligaciones contractuales determinadas establecidas en la ley o en el contrato.

Para el Tribunal la existencia de acciones contractuales indemnizatorias contra el deudor de obligaciones contractuales deben de estar ligadas a incumplimiento de obligaciones contractuales establecidas en el contrato correspondiente o en la ley, como ha sido reiterado en la jurisprudencia nacional y en el derecho comparado., *Le Tourneau, idem, pag 102 dice: "La inexecución se aprecia teniendo en cuenta el contenido del contrato. No basta que un contrato una a la víctima con el autor del daño para que exista un desfallecimiento contractual: es necesario además que el perjuicio resulte de una falta a una obligación del deudor. Importa pues, cada vez que un desfallecimiento contractual sea invocado, averiguar cuáles obligaciones se derivan del contrato, en virtud de las estipulaciones contractuales, de la ley o la jurisprudencia. Por ejemplo, un monitor de esquí herido por su alumno no puede obtener reparación sino sobre el terreno delictual, porque el daño no se deriva de la inexecución de una obligación derivada del contrato de enseñanza."*

En consecuencia, para los Arbitros, tendrá especial importancia establecer dentro del proceso arbitral si los incumplimiento imputados a la Convocada están relacionados con el incumplimiento, o desfallecimiento, de obligaciones contractuales determinadas y si entre éstos y el perjuicio existe relación de causalidad.

Valoración probatoria de los incumplimientos contractuales.

El artículo 1.606 del Código Civil clasifica la culpa en grave, leve y levísima estableciendo niveles de responsabilidad a partir de la existencia de lucro o no del contratante culposo y tal clasificación tiene como parámetros de comparación comportamientos abstractos de personas determinadas, ya se trate del buen padre de familia, del comerciante cuidadoso etc y en muchos eventos el nivel de responsabilidad del deudor incumplido de obligaciones contractuales se establecerá en comparación a los modelos de comportamiento no culposos establecidos en la ley como antes anotó el Tribunal; la clasificación tripartita de la culpa no ha sido tomada en cuenta en gran parte de la jurisprudencia colombiana, en cuanto a la carga de la prueba, por haber sido superada por la jurisprudencia que aceptó la

clasificación de las obligaciones en de medio y de resultado propuesta por Demogue.

No obstante las anteriores consideraciones, para el Tribunal es claro que en el caso que nos ocupa , por expreso mandato legal la Fiduciaria responde hasta por la culpa leve, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo.....del Código de Comercio y a la cláusula.... del contrato de Fiducia y por tanto deberá exigírsele responder en la ejecución del contrato de Fiducia como respondería en sus obligaciones contractuales un buen profesional.

Le Tourneau, coincidiendo con la clasificación de las culpas del artículo 1.604 del Código Civil. idem pag. *Pag 109 señala: "El desfallecimiento contractual se aprecia in abstracto, en comparación con el buen comportamiento de una padre de familia. El criterio, dado por el artículo 1137 del Código Civil para un caso particular ha sido extendido a todos los contratos. Pero cuando se trata de un profesional, la culpa se concreta de alguna manera: el modelo de referencia se particulariza. El hombre avisado es remplazado por el buen profesional en un oficio determinado. Y la noción de profesional es relativa, dependiendo especialmente de su mayor o menor especialización. El comportamiento del buen padre de familia (o del buen profesional) es evaluado en función de la escala de gravedad de culpas. La más grave es la falta intencional, llamada dolo (en la ejecución del contrato), cometida al saber el daño que del incumplimiento resultará (o podrá resultar), incluso si no hay la intención de dañar. Las otras culpas no son intencionales. En primer lugar, la culpa inexcusable, caracterizada por el hecho de que el deudor habría debido tener conciencia de la probabilidad del peligro de su acción o de su abstención y de sus consecuencias particularmente fastidiosas. Ella no es utilizada sino en ciertos dominios especiales (especialmente en los accidentes y enfermedades de trabajo, en los transportes marítimos y aéreos). Luego, está la culpa grave, que testimonia la extremada incuria del deudor, particularmente de parte de un profesional, sobre todo cuando la obligación incumplida o no ejecutada era esencial o bien cuando la culpa es repetida. Ella es a menudo asimilada al dolo en cuanto a sus consecuencias. Finalmente, la culpa ordinaria leve es la que no cometería un buen contratante en la ejecución de un contrato."*

Siguiendo a la doctrina nacional, a la jurisprudencia y al derecho comparado podemos concluir que la responsabilidad civil contractual supone la existencia de un daño cierto y verificable, un incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales, la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, debiendo el nexo causal debe ser cierto, directo y no deben existir causales de exoneración de la responsabilidad; cumplidos tales requisitos deberá existir responsabilidad civil contractual con todas las consecuencias jurídicas de reparación de los daños y perjuicios derivados del o de los incumplimiento a las obligaciones legales y contractuales.

Requisitos para que haya responsabilidad contractual.

Para que exista la responsabilidad contractual, es necesario que exista un daño proveniente del incumplimiento de un contrato válidamente celebrado entre el acreedor víctima y el causante del daño, consecuentemente, podemos afirmar que los requisitos para que haya responsabilidad contractual, son:

i. Que exista un contrato válido, ii. que se haya causado un daño derivado del incumplimiento del contrato, y iii. que el daño sea causado por el deudor al acreedor contractual.

La aplicación de las normas sobre mandato en los encargos fiduciarios.

El artículo 146 del Régimen Financiero y Cambiario establece que en relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de Fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de comercio que regulan el Contrato de Mandato.

Una perspectiva general de las obligaciones contenidas en el contrato FA 097.

Para analizar la totalidad de las pruebas obrante en el proceso arbitral, el Tribunal considera que es menester referirse a las eventuales fuentes de pago del FIDEICOMISO FA 097 INVERQUIMICAS para saldar las obligaciones contraídas con el Convocante.

Sea lo primero resaltar que el fideicomiso en cuestión tenía como objeto: "...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, todos los cuales serán destinados a la transformación de la materia prima..... en productos terminados.... con el fin de que los frutos provenientes de la venta de estos productos serán destinados a la cancelación de las obligaciones adquiridas por EL FIDEICOMITENTE y/ o el

fideicomiso (Cláusula tercera)". A juicio de los Arbitros, una de las fuentes de pago de la deuda contraída con el señor Heriberto Andrade, entre otras, sería que el Fideicomitente a través del Patrimonio Autónomo F-A-097-INVERSIONES QUÍMICAS hubiera seguido adquiriendo fondos de Inversionistas, además de los recursos provenientes de la venta de los productos químicos elaborados por el Fideicomitente. Eventualmente, a juicio del Tribunal, esta fuente de pago pudo fracasar por el decaimiento de las ventas o por carencia de nuevos inversionistas, temas que luego avocará el Tribunal en profundidad al analizar la prueba pericial y que no dependían directamente de la gestión de la Fiduciaria como representante del Patrimonio Autónomo FA 097.

La otra fuente de pago de las obligaciones contraídas por la Fiduciaria, en representación del mismo Patrimonio Autónomo, con Heriberto Andrade, correspondiente a la órbita de su responsabilidad contractual, requiere establecer si la Fiduciaria, siguiendo instrucciones del Fideicomitente, tramitó las garantía que le otorgó la Fiduciaria FES en representación del Fideicomiso consistente en el endoso en propiedad de algunas facturas cambiarias de compra-venta a las cuales nos referiremos luego. Si el endoso y la entrega al Convocante de los susodichos títulos valores fue hecho, así como entregados los títulos valores al endosatario, cuando tales obligaciones cambiarias eran exigibles y de plazo vencido y el Convocante no ejerció la acción cambiaria oportunamente, no existirá relación de causalidad entre las obligaciones adquiridas por la Fiduciaria y el perjuicio del Convocante; advierte el Tribunal que la Fiduciaria estaba en incapacidad jurídica de efectuar el cobro coactivo de las facturas cambiarias endosadas en propiedad al Convocante, salvo que le hubieren sido nuevamente endosadas o que se le hubiere otorgado poder especial para tal efecto, y tal evento no ocurrió. Si la Fiduciaria no entregó los mencionados título valores al endosatario en propiedad y no acreditó gestiones para ese efecto, en consecuencia, se habrá hecho responsable, parcialmente, del resarcimiento del daño causado por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, debido a que el Convocante también fue negligente en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones.

Análisis del Contrato de Fiducia FA-097 suscrito entre Inversiones Químicas S.A. y Fiduciaria Fes.

El Contrato fue suscrito el día 5 de octubre de 1.999 y denominado "**Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Fuente de Pago celebrado entre Inversiones Químicas Limitada y la Sociedad Fiduciaria FES S.A.**"

En su primera parte se identifican las partes y se manifiesta que ellos han celebrado un **Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago**.

Consta de una parte denominada **CONSIDERACIONES** en donde se menciona el objeto social de la Fideicomitente y las facultades del representante legal para suscribir el contrato. El propósito del contrato es descrito en los siguientes términos: " **Con el fin de obtener capital de trabajo para el desarrollo de su objeto social ha decidido constituir un patrimonio autónomo o fideicomiso con los bienes de su propiedad que se relacionan más adelante, que servirá de garantía y de fuente de pago de las obligaciones que llegare a adquirir el FIDEICOMITENTE y/o el Fideicomiso**", se hace mención a la solvencia técnica de la Empresa y finalmente se afirma la inexistencia de vínculos personales, patrimoniales y laborales entre los Contratantes.

En la Cláusula Primera se hacen las definiciones de las palabras básicas utilizadas en el Contrato; en la Cláusula Segunda la Fideicomitente transfiere la suma de \$500.000.00 para que se constituya el Patrimonio Autónomo que se denominará **FIDEICOMISO FA-097 INVERSIONES QUIMICAS**; en la Cláusula Tercera se menciona el objeto del contrato así: "**...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, todos los cuales serán destinados a la transformación de la materia prima consistente en productos químicos en productos terminados tales como resinas,.....,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.**", y agrega: "**En desarrollo del presente Contrato, LA FIDUCIARIA, en calidad de administradora de fideicomiso comprará, por cuenta y riesgo de éste último la materia prima requerida; podrá celebrar el respectivo contrato de maquila y de comercialización; así como podrá celebrar contratos de comodato precario....., igualmente, la FIDUCIARIA podrá garantizar con los bienes que conforman el patrimonio autónomo, el pago de las obligaciones que adquiriera EL FIDEICOMITENTE y/ el fideicomiso, mediante la expedición de certificados de beneficio, de manera que cuando se presente incumplimiento de cualquiera de las obligaciones mencionadas, LA FIDUCIARIA proceda a entregar al BENEFICIARIO, los bienes que conforman este patrimonio, para que se cancele con ellos su acreencia, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Décima Primera de este**

contrato.”; en la Cláusula Cuarta se relacionan los bienes que hacen parte del Fideicomiso; en la Cláusula Quinta se dan instrucciones del FIDEICOMITENTE a la FIDUCIARIA en diez numerales.

En el 1. Se dice:” **LOS BENEFICIARIOS otorgarán al patrimonio autónomo que por este documento se constituye, créditos destinados a la transformación de productos químicos en productos llamados resinas,....., que serán comercializados por EL FIDEICOMITENTE y sus frutos serán destinados al pago de los créditos garantizados con el fideicomiso. Los recursos provenientes de dichos créditos ingresarán al patrimonio autónomo y serán invertidos en el Fondo Común Ordinario administrado por LA FIDUCIARIA,....., mientras se destinan al pago de las obligaciones del fideicomiso, de acuerdo con el orden de prelación establecido en la cláusula décima. 2. LA FIDUCIARIA, en calidad de administrador del fideicomiso que se constituye por este acto deberá comprar materia prima y los insumos requeridos para el desarrollo del proceso de transformación que estará a cargo del FIDEICOMITENTE. 3. EL FIDEICOMITENTE se obliga a destinar un espacio físico individualizado..... 4. Para el desarrollo del proceso de transformación y venta del producto terminado, LA FIDUCIARIA, a nombre del patrimonio autónomo, entregará al FIDEICOMITENTE, la materia prima (productos químicos) adquirida por el patrimonio y celebrará con éste un contrato de maquila y comercialización. 5. EL FIDEICOMITENTE, se encargará de la manufacturación del producto, con base a las órdenes de pedido, haciéndose responsable de la comercialización y cobro de las facturas, así como de la idoneidad de los clientes; de tal manera que asumirá cualquier incumplimiento en el pago de las facturas de venta. 6. En el momento de liquidación del patrimonio autónomo, EL FIDEICOMITENTE acepta que le sean cancelados en especie..... los que se le llegue a adeudar.....7. A LA FIDUCIARIA le corresponde administrar con la debida diligencia los recursos del patrimonio provenientes de los créditos otorgados por el BENEFICIARIO, los recursos aportados por EL FIDEICOMITENTE, las facturas cambiarias y los demás bienes que hacen parte del FIDEICOMISO, según lo dispuesto en la cláusula cuarta de este contrato. 8. LA FIDUCIARIA deberá destinar los recursos que genere el patrimonio autónomo con la transformación de la materia prima al pago de créditos otorgados por el BENEFICIARIO y garantizados con el presente fideicomiso. 9. LA FIDUCIARIA deberá celebrar todos los actos y contratos necesarios para**

el cumplimiento del objeto.....10. Los gastos en que deba incurrir el Fideicomiso para el desarrollo del presente contrato, así como la remuneración de LA FIDUCIARIA, deberán ser cancelados con recursos del fideicomiso.”, en la Cláusula Sexta se dice: “Tendrán la calidad de beneficiarios del presente contrato, las personas naturales o jurídicas, que otorguen créditos o vendan materia prima al FIDEICOMITENTE y/o al fideicomiso. LA FIDUCIARIA expedirá a favor del BENEFICIARIO un certificado de beneficio.....Los bienes que conforman el patrimonio autónomo constituyen la garantía y fuente de pago de las obligaciones adquiridas por el FIDEICOMITENTE y/o el fideicomiso a favor de los BENEFICIARIOS, en la medida en que el producto terminado sea vendido y cancelado efectivamente al fideicomiso.”, en la Cláusula Séptima se hace mención a las Derechos y obligaciones de la Fiduciaria, sus Derechos son:”1. Debitar de los recursos administrados las sumas a que tenga derecho....2. Recibir el dinero proveniente de los créditos otorgados y la materia prima entregada por los BENEFICIARIOS a favor del Fideicomiso y suscribir los títulos y documentos requeridos para tal fin. 3. Invertir los recursos aportados al patrimonio autónomo en el Fondo Común Ordinario.....4. Las demás establecidas por la ley y el presente contrato.”, como obligaciones a cargo de la FIDUCIARIA se mencionan:” 1. Realizar de manera diligente todos los actos necesarios para ejecución del presente contrato, conforme a las instrucciones aquí contenidas. 2. Mantener los bienes fideicomitados separados de los suyos.....3. Deberá llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, de los acreedores beneficiarios y aún del mismo FIDEICOMITENTE. 4. Respetar en la ejecución de la Fiducia los términos de las facultades recibidas, entendiéndose que en caso de duda, le corresponde absolverla guiándose por la equidad, y actuando siempre conforme a la debida diligencia requerida para alcanzar la finalidad del contrato. 5. Solicitar instrucciones al Superintendente Bancario.....6. Rendir cuentas de su gestión en los términos establecidos por la Circular Externa N.o 07 de 1.996 de la Superintendencia Bancaria. 7. Suscribir a nombre del patrimonio autónomo los documentos requeridos por los BENEFICIARIOS para el otorgamiento de créditos y la entrega de materia prima a favor del patrimonio autónomo. 8. Expedir a favor de los BENEFICIARIOS los respectivos certificados de beneficio.....9. Comunicar a LOS BENEFICIARIOS las circunstancias sobrevinientes que pudieren dar lugar

a la modificación o terminación anticipada del contrato. 10. Ejercer todos los derechos y acciones derivados de la naturaleza de los bienes fideicomitidos. 11. Celebrar los demás actos y contratos requeridos para el cumplimiento de la finalidad perseguida con el presente fideicomiso. **PARAGRAFO: Se deja constancia de que las obligaciones asumidas por la FIDUCIARIA son de medio y no de resultado, y así se entenderá en el cumplimiento de ellas;** en la Cláusula octava se hace mención de los Derechos y Obligaciones del Fideicomitente, entre sus derechos están: " **1. Solicitar a la FIDUCIARIA la expedición de certificados de beneficio a favor de terceros acreedores del FIDEICOMITENTE y/o del fideicomiso. 2. Solicitar la remoción de la FIDUCIARIA.....3. Obtener la devolución de los bienes o remanentes al extinguirse el negocio fiduciario. 4. Exigir la rendición de cuentas. 5. Las demás establecidas en la ley y en este contrato**", en cuanto a las obligaciones del FIDEICOMITENTE:" **1. Colaborar con la FIDUCIARIA en todo lo que ésta requiera para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. 2. Colaborar con la FIDUCIARIA en la defensa y conservación de los bienes fideicomitidos, obligándose a informarle de cualquier hecho que los pueda afectar, siendo responsable de los perjuicios que se generen de la omisión. 3. Pagar la comisión a que tiene derecho la FIDUCIARIA.....4. Presentar a la FIDUCIARIA inventarios mensuales de los bienes del fideicomiso que se encuentren en su poder, debidamente certificados por el Revisor Fiscal de la sociedad fideicomitente. 5. Entregar a LA FIDUCIARIA y a LOS BENEFICIARIOS, la información y soporte requerido para el seguimiento y control del proceso de transformación de los productos químicos, así como para facilitarle la ubicación de personal a su cargo dentro de las instalaciones físicas de la empresa. 6. Entregar a LA FIDUCIARIA la información requerida sobre los BENEFICIARIOS del Fideicomiso. 7. Las demás señaladas por la ley y el presente contrato.**"; en la Cláusula Novena se establecen los derechos y obligaciones de los BENEFICIARIOS, sus derechos son:"**1. Obtener la expedición de los certificados de beneficio correspondiente a las obligaciones existentes a cargo del Fideicomiso y/ fideicomitente. 2. Participar en la Junta del Fideicomiso de acuerdo con lo estipulado en la cláusula décima del contrato. Solicitar la remoción de la FIDUCIARIA.....3. Oponerse a toda medida preventiva o ejecución tomada contra los bienes fideicomitidos. 4. Las demás establecidas en la ley y en este contrato.**", entre las obligaciones de los BENEFICIARIOS están: **1. Aceptar todas las condiciones establecidas en el presente contrato,**

aceptación que se presume con el recibo del certificado de beneficio. 2. Devolver a la FIDUCIARIA los certificados de beneficio.....3. Aceptar a título de dación en pago, en la proporción que le corresponda, los bienes que conforman el fideicomiso.....4. Las demás previstas en la ley o en este contrato.”, en la cláusula Décima se regula LA JUNTA DEL FIDEICOMISO: “El presente FIDEICOMISO contará con una junta conformada por un (1) representante de cada uno de los BENEFICIARIOS que haya otorgado créditos al FIDEICOMITENTE y/o al Fideicomiso y un (1) representante del FIDEICOMITENTE. LA FIDUCIARIA no será miembro de la Junta del Fideicomiso, pero deberán asistir en calidad de invitados, y tendrán voz pero no voto.”

“La Junta del Fideicomiso se reunirá cada mes o cada vez que las circunstancias lo ameriten, previa convocatoria realizada por cualesquiera de sus miembros o por LA FIDUCIARIA.....”

“La Junta del Fideicomiso decidirá válidamente con el voto favorable de la mayoría de sus miembros. De las reuniones celebradas se dejará constancia en actas que deberán estar firmadas por las personas que hubieren sido designadas como presidente y secretario de la Junta.....”

“La Junta del Fideicomiso tendrá las siguientes funciones:

1. Acordar los ajustes requeridos en los flujos, proyecciones y presupuestos de gastos y costos de funcionamiento presentados por el FIDEICOMITENTE.
2. Aprobar las políticas de cartera aplicadas por el FIDEICOMITENTE para el recaudo del valor de las ventas de los bienes del fideicomiso.
3. Velar para que la destinación de los bienes y recursos que conforman el patrimonio autónomo sea la establecida en esta contrato.
4. Ejercer la auditoría de esta contrato.
5. Resolver, en primera instancia, los conflictos que se presenten en razón de este contrato, sin perjuicio de la cláusula compromisoria.
6. Las demás establecidas en este contrato.”;

en la Cláusula Décima primera se hace referencia a los informes mensuales: “La fiduciaria deberá presentar, informes de su gestión al Comité del Fideicomiso, en forma mensual, o en forma extraordinaria cuando la situación así lo amerite.....”; en la Cláusula Décima Segunda se hace referencia a relación de gastos del patrimonio autónomo; en la Cláusula Décima Tercera se hace referencia a los incumplimientos de las obligaciones amparadas con este Fideicomiso así: “En el momento en que se determine que los recursos que hacen parte del presente fideicomiso no son suficientes para atender el pago de las obligaciones garantizadas a favor de cualquiera de LOS BENEFICIARIOS, se procederá de la siguiente

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

2. Una vez notificados LOS BENEFICIARIOS acerca del incumplimiento, éstos deberán exigir a la FIDUCIARIA la transferencia de los bienes que hacen parte del fideicomiso. Para tal efecto, solicitará a LA FIDUCIARIA la terminación del contrato de maquila y comercialización celebrado con EL FIDEICOMITENTE y la entrega de los bienes que hacen parte del fideicomiso, tales como la materia prima entregada para su transformación que no haya sido sometida al proceso de manufacturación, el producto en proceso, el producto terminado, el subproducto, los desperdicios, las facturas cambiarias de compra-venta que no hayan sido cobradas, el producto del recaudo y los dineros que se encuentren depositados en el Fondo Común Ordinario.....3. De la entrega y liquidación del fideicomiso, se dejará constancia en un acta que deberá ser suscrita por las partes que intervienen en este contrato.”;

en la Cláusula Décima Cuarta se pactó la irrevocabilidad del contrato por el Fideicomitente, señalando que solo podrá ser terminado por causas legales o contractuales; en la Cláusula Décima Quinta se hace referencia a la remuneración de la Fiduciaria; en la Cláusula Décima Sexta se pacta el valor del contrato; en la Cláusula Décima Séptima se pacta el término de duración del contrato en cinco (5) años; en la Cláusula Décima Octava se pactan las causales de terminación del contrato; en la Cláusula Décima Novena se acordó el procedimiento para la liquidación del patrimonio autónomo con motivo de las causales de terminación pactadas: *“Una vez presentas alguna de las causales legales y contractuales para la terminación del presente contrato. LA FIDUCIARIA deberá proceder a liquidar el patrimonio autónomo, siguiendo la orden de prelación de pagos, contenida en la cláusula décima (gastos del fideicomiso) de este contrato.”*

“1. Para el pago de los pasivos a cargo del patrimonio autónomo, LA FIDUCIARIA procederá a recaudar el valor de las facturas cambiarias de compra-venta pendientes por pagar y a enajenar los activos que conforman dicho patrimonio. En caso de no ser posible la venta dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se presentó la causal de terminación, los bienes del fideicomiso serán entregados a LOS BENEFICIARIOS. LA FIDUCIARIA en ningún caso realizará pagos con recursos propios. 2. Las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo que no alcanzaren a cancelarse con los recursos de éste serán trasladadas

automáticamente a EL FIDEICOMITENTE quien asumirá la calidad de deudor principal de tales acreencias. 3. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la liquidación del presente contrato, LA FIDUCIARIA enviará por correo al FIDEICOMITENTE y a los BENEFICIARIOS la rendición final de cuentas, la cual se entenderá aprobada, si en el término de quince (15) días LA FIDUCIARIA no ha recibido objeciones a la misma. 4. Si EL FIDEICOMITENTE o LOS BENEFICIARIOS tuvieren alguna inconformidad sobre la liquidación del patrimonio autónomo, y dicha inconformidad no pudiere ser resuelta por la FIDUCIARIA mediante conciliación directa, el inconforme podrá acudir al Tribunal de Arbitramento cuyo funcionamiento se describe en la siguiente cláusula."; en la Cláusula Vigésima se pactó la Cláusula Compromisoria; en la Cláusula Vigésima Primera el Fideicomitente autoriza a la FIDUCIARIA para ceder el contrato; en la Cláusula Vigésima Segunda se señala el domicilio contractual y los domicilios de quienes suscribieron el contrato, y finalmente, en la Cláusula Vigésima Tercera se relacionan los anexos que forman parte integral del contrato: **1. Certificado de existencia y representación legal del FIDEICOMITENTE y de la FIDUCIARIA, 2. Manual Operativo del Fideicomiso, elaborado y aceptado por las partes y 3. Proyecciones y Presupuesto del Fideicomiso, elaborado por el FIDEICOMITENTE.**

Conclusiones referentes a las características del contrato de fiducia FA-097y a los incumplimientos contractuales.

De acuerdo con el texto del Contrato citado, en la jurisprudencia y a la doctrina, las obligaciones en él contenidas son de medio y no de resultado, en consecuencia, a la parte Convocante le corresponderá probar los incumplimientos de la Convocada, la existencia del daño causado por la presunta negligencia de la Fiduciaria en la ejecución del Contrato FA-097 y el nexo causal entre los incumplimiento contractuales y el perjuicio.

Para los Arbitros tiene importancia especial la determinación de las obligaciones contraídas por las partes del contrato de Fiducia y sus cumplimientos contractuales y legales.

Para tal propósito, el Tribunal, transcribirá sus obligaciones contractuales, y seguidamente se pronunciará sobre los alcances de sus incumplimientos referidos al marco conceptual expresado arriba.

Obligaciones contractuales de FIDUFES:

Cláusula Tercera: "... **LA FIDUCIARIA, en calidad de administradora del fideicomiso comprará, por cuenta y riesgo de éste último, la materia prima requerida, para celebrar el respectivo contrato de maquila y de comercialización; así como para celebrar contrato de comodato precario....., igualmente, la FIDUCIARIA podrá garantizar con los bienes que conforman el patrimonio autónomo, el pago de las obligaciones que adquiera EL FIDEICOMITENTE y/ el fideicomiso, mediante la expedición de certificados de beneficio, de manera que cuando se presente incumplimiento de cualquiera de las obligaciones mencionadas, LA FIDUCIARIA proceda a entregar al BENEFICIARIO, los bienes que conforman este patrimonio, para que se cancele con ellos su acreencia, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula".**

COMENTARIO DEL TRIBUNAL:

En referencia a las obligaciones contractuales de FIDUFES de comprar la materia prima y de expedir certificados de beneficio a los acreedores, el Tribunal considera que dentro del proceso existen pruebas de que la Fiduciaria no adquirió las materias primas, ni expidió certificados de beneficio a los acreedores. Tales incumplimientos, a juicio de los Arbitros, no tienen ninguna relación de causalidad con la existencia del daño; por otra parte, es claro que si el Patrimonio Autónomo no manejaba activos suficientes para garantizar el pago de los créditos no podía expedir certificados de beneficio. Es preciso señalar que dentro del proceso no hay solicitudes de expedición de certificados de beneficio por parte de los beneficiarios, ni consta que hubieran "exigido" la transferencia de las primas que hacían parte del Fideicomiso.

Cláusula Quinta: "**2. LA FIDUCIARIA, en calidad de administrador del fideicomiso que se constituye por este acto deberá comprar materia prima y los insumos requeridos para el desarrollo del proceso de transformación que estará a cargo del FIDEICOMITENTE."**

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

COMENTARIOS: Aunque dentro del proceso existen pruebas de que FIDUFES no adquirió las materias primas, para los Arbitros tal incumplimiento no tiene relación de causalidad directa e inmediata con el no pago del crédito, ni mucho menos dá certeza para establecer que tal incumplimiento ha causado daño alguno al

Convocante o fue el originador del impago de la obligación contraída con el Convocante.

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

COMENTARIO: Para el Tribunal no hay duda de que Fidufes tenía la obligación legal y contractual de administrar con la debida diligencia el patrimonio a ella confiado y, también le es claro, que la carga de la prueba de los eventuales incumplimientos a su obligación de actuar con la debida diligencia le corresponde a la parte Convocante, de acuerdo con consideraciones hechas antes. Al hacer el análisis del comportamiento administrativo de la Fiduciaria respecto del manejo de las garantías documentarias otorgadas al beneficiario Heriberto Andrade, se pronunciará sobre el comportamiento subjetivo esperado al respecto de la Fiduciaria, señalando las correspondientes consecuencias legales.

9. "LA FIDUCIARIA deberá celebrar todos los actos y contratos necesarios para el cumplimiento del objeto....."

COMENTARIO: Sobre este punto hay cargos de incumplimiento debido a que no fue alcanzado el objeto del contrato, pero, a juicio del tribunal, los incumplimientos genéricos que no tengan relación de causalidad directa con el daño, para efectos de establecer la responsabilidad civil no tienen mayor trascendencia jurídica.

Cláusula Sexta: **"LA FIDUCIARIA expedirá a favor del BENEFICIARIO un certificado de beneficio.....Los bienes que conforman el patrimonio autónomo constituyen la garantía y fuente de pago de las obligaciones adquiridas por el FIDEICOMITENTE y/o el fideicomiso a favor de los BENEFICIARIOS, en la medida en que el producto terminado sea vendido y cancelado efectivamente al fideicomiso."**

COMENTARIO: Este incumplimiento está debidamente comentado, pero, dentro de las pruebas obrantes en el proceso no existe acerbo probatorio que acredite que existieran activos que soportaron la expedición de los certificados de garantía. Dentro del proceso aparece probado que la Fiduciaria en representación del Fideicomiso FA-091 INVERSIONES QUÍMICAS endosó facturas en propiedad al Convocante que fueron tenidas en custodia. En la diligencia de conciliación.

Cláusula Séptima. Derechos de la Fiduciaria: se hace mención a las Derechos y obligaciones de la Fiduciaria, sus Derechos son: **"1. Debitar de los recursos administrados las sumas a que tenga derecho....2. Recibir el dinero proveniente de los créditos otorgados y la materia prima entregada por los BENEFICIARIOS a favor del Fideicomiso y suscribir los títulos y documentos requeridos para tal fin. 3. Invertir los recursos aportados al patrimonio autónomo en el Fondo Común Ordinario.....4. Las demás establecidas por la ley y el presente contrato."**

Como obligaciones a cargo de la FIDUCIARIA se mencionan: **"1. Realizar de manera diligente todos los actos necesarios para ejecución del presente contrato, conforme a las instrucciones aquí contenidas. 2. Mantener los bienes fideicomitidos separados de los suyos.....3. Deberá llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, de los acreedores beneficiarios y aún del mismo FIDEICOMITENTE. 4. Respetar en la ejecución de la Fiducia los términos de las facultades recibidas, entendiéndose que en caso de duda, le corresponde absolverla guiándose por la equidad, y actuando siempre conforme a la debida diligencia requerida para alcanzar la finalidad del contrato. 5. Solicitar instrucciones al Superintendente Bancario.....6. Rendir cuentas de su gestión en los términos establecidos por la Circular Externa No. 07 de 1.996 de la Superintendencia Bancaria. 7. Suscribir a nombre del patrimonio autónomo los documentos requeridos por los BENEFICIARIOS para el otorgamiento de créditos y la entrega de materia prima a favor del patrimonio autónomo. 8. Expedir a favor de los BENEFICIARIOS los respectivos certificados de beneficio.....9. Comunicar a LOS BENEFICIARIOS las circunstancias sobrevinientes que pudieren dar lugar a la modificación o terminación anticipada del contrato. 10. Ejercer todos los derechos y acciones derivados de la naturaleza de los bienes fideicomitidos. 11. Celebrar los demás actos y contratos requeridos para el cumplimiento de la finalidad perseguida con el presente fideicomiso. PARAGRAFO: Se deja constancia de que las obligaciones asumidas por la FIDUCIARIA son de medio y no de resultado, y así se entenderá en el cumplimiento de ellas.**

COMENTARIO: A juicio del Tribunal, los incumplimiento relevantes para establecer la responsabilidad contractual deben estar relacionados con el incumplimiento de obligaciones concretas que tengan relación de causalidad con el no pago de las obligaciones contraídas y con la entrega de las garantías consistentes en las facturas cambiarias mencionadas en la carta de instrucciones

del Fideicomitente a la Fiduciaria. El Tribunal se referirá, posterior y concretamente, a incumplimientos concretos y ciertos que tienen que ver con el no pago del crédito al Convocante a través de las garantías endosadas en propiedad al Convocante.

Cláusula décima primera: *“La fiduciaria deberá presentar, informes de su gestión al Comité del Fideicomiso, en forma mensual, o en forma extraordinaria cuando la situación así lo amerite.....”.*

COMENTARIO: Dentro del proceso arbitral no existen pruebas de la existencia de informes mensuales presentados por la Fiduciaria al Comité del Fideicomiso, pero, este incumplimiento, para los árbitros, tampoco tiene relación de causalidad directa con el no pago de los créditos.

Cláusula décima tercera: *“En el momento en que se determine que los recursos que hacen parte del presente fideicomiso no son suficientes para atender el pago de las obligaciones garantizadas a favor de cualquiera de LOS BENEFICIARIOS, se procederá de la siguiente manera: 1. LA FIDUCIARIA, deberá comunicar el hecho mencionado a LOS BENEFICIARIOS, dentro de un plazo que no podrá exceder de diez (10) días calendarios, contados a partir de la fecha en que se verificó tal circunstancia, para que sean estos quienes decidan la forma como el Fideicomiso deberá atender las obligaciones pendientes.*

1.2. Una vez notificados LOS BENEFICIARIOS acerca del incumplimiento, éstos deberán exigir a la FIDUCIARIA la transferencia de los bienes que hacen parte del fideicomiso. Para tal efecto, solicitará a LA FIDUCIARIA la terminación del contrato de maquila y comercialización celebrado con EL FIDEICOMITENTE y la entrega de los bienes que hacen parte del fideicomiso, tales como la materia prima entregada para su transformación que no haya sido sometida al proceso de manufacturación, el producto en proceso, el producto terminado, el subproducto, los desperdicios, las facturas cambiarias de compra-venta que no hayan sido cobradas, el producto del recaudo y los dineros que se encuentren depositados en el Fondo Común Ordinario.....3. De la entrega y liquidación del fideicomiso, se dejará constancia en un acta que deberá ser suscrita por las partes que intervienen en este contrato.”

COMENTARIO: No hay pruebas dentro del proceso que FIDUFES hubiera cumplido con esta obligación, pero, no existen evidencias ciertas de que la causa del no pago radicara en el no cumplimiento de lo anteriormente acordado.

Cláusula décima novena: *"Una vez presentas alguna de las causales legales y contractuales para la terminación del presente contrato. LA FIDUCIARIA deberá proceder a liquidar el patrimonio autónomo, siguiendo la orden de prelación de pagos, contenida en la cláusula décima (gastos del fideicomiso) de este contrato."*

"1. Para el pago de los pasivos a cargo del patrimonio autónomo, LA FIDUCIARIA procederá a recaudar el valor de las facturas cambiarias de compra-venta pendientes por pagar y a enajenar los activos que conforman dicho patrimonio. En caso de no ser posible la venta dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se presentó la causal de terminación, los bienes del fideicomiso serán entregados a LOS BENEFICIARIOS. LA FIDUCIARIA en ningún caso realizará pagos con recursos propios. 2. Las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo que no alcancen a cancelarse con los recursos de éste serán trasladadas automáticamente a EL FIDEICOMITENTE quien asumirá la calidad de deudor principal de tales acreencias. 3. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la liquidación del presente contrato, LA FIDUCIARIA enviará por correo al FIDEICOMITENTE y a los BENEFICIARIOS la rendición final de cuentas, la cual se entenderá aprobada, si en el término de quince (15) días LA FIDUCIARIA no ha recibido objeciones a la misma. 4. Si EL FIDEICOMITENTE o LOS BENEFICIARIOS tuvieren alguna inconformidad sobre la liquidación del patrimonio autónomo, y dicha inconformidad no pudiere ser resuelta por la FIDUCIARIA mediante conciliación directa, el inconforme podrá acudir al Tribunal de Arbitramento cuyo funcionamiento se describe en la siguiente cláusula."

COMENTARIO: No hay prueba alguna que acredite que FIDUFES liquidó el Fideicomiso como era su obligación contractual, sin embargo, este incumplimiento no explica linealmente el no pago de la deuda, precisamente, por la iliquidez del Fideicomiso.

Para los jueces arbitrales tiene importancia especial referirse a las obligaciones contraídas por el Fideicomitente en la medida en que existen en el proceso pruebas de incumplimiento de obligaciones contractuales que si tienen alguna

relación de causalidad con el impago de las garantías de los créditos del Convocante.

Obligaciones del Fideicomitente:

Cláusula quinta: *"5. EL FIDEICOMITENTE, se encargará de la manufacturación del producto, con base a las órdenes de pedido, haciéndose responsable de la comercialización y cobro de las facturas, así como de la idoneidad de los clientes; de tal manera que asumirá cualquier incumplimiento en el pago de las facturas de venta. 6. En el momento de liquidación del patrimonio autónomo, EL FIDEICOMITENTE acepta que le sean cancelados en especie..... lo que se le llegue a adeudar....."*

COMENTARIO: Esta cláusula es un referente obligatorio para establecer indirectamente la existencia de responsabilidad civil contractual de FIDUFES, en la medida en que no es ajustado a derecho predicar responsabilidades contractuales de ésta en la medida en que corresponden al Fideicomitente. El Contrato de Fiducia estableció que las labores de fabricación, comercialización y cobro de facturas correspondían a INVERQUIMICAS y que en el caso de no pago de las correspondientes facturas asumiría el pago, por tanto, esos incumplimientos no son del resorte de la Fiduciaria.

Cláusula octava: Derechos y Obligaciones del Fideicomitente: *"1. Solicitar a la FIDUCIARIA la expedición de certificados de beneficio a favor de terceros acreedores del FIDEICOMITENTE y/o del fideicomiso. 2. Solicitar la remoción de la FIDUCIARIA.....3. Obtener la devolución de los bienes o remanentes al extinguirse el negocio fiduciario. 4. Exigir la rendición de cuentas. 5. Las demás establecidas en la ley y en este contrato",* en cuanto a las obligaciones del FIDEICOMITENTE: *"1. Colaborar con la FIDUCIARIA en todo lo que ésta requiera para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. 2. Colaborar con la FIDUCIARIA en la defensa y conservación de los bienes fideicomitados, obligándose a informarle de cualquier hecho que los pueda afectar, siendo responsable de los perjuicios que se generen de la omisión. 3. Pagar la comisión a que tiene derecho la FIDUCIARIA.....4. Presentar a la FIDUCIARIA inventarios mensuales de los bienes del fideicomiso que se encuentren en su poder, debidamente certificados por el Revisor Fiscal de la sociedad fideicomitente. 5. Entregar a LA FIDUCIARIA y a LOS BENEFICIARIOS, la información y soporte requerido para el seguimiento*

y control del proceso de transformación de los productos químicos, así como para facilitarle la ubicación de personal a su cargo dentro de las instalaciones físicas de la empresa. 6. Entregar a LA FIDUCIARIA la información requerida sobre los BENEFICIARIOS del Fideicomiso. 7. Las demás señaladas por la ley y el presente contrato.”

COMENTARIO: Dentro del trámite procesal existen un sin número de pruebas acreditando el incumplimiento de las obligaciones contractuales del Fideicomitente; entre otras están, la venta del producto de la maquila y la no entrega de su valor al Fideicomiso, el desvío a otras cuentas de cheques que debieron ser consignados en las cuentas del Fideicomiso, etc, para los árbitros tales pruebas evidencian su responsabilidad en el control de la producción, comercialización, venta y recaudo de la cartera que no eran del resorte de la Fiduciaria y que si tenían una mayor relación de causalidad con el impago de los créditos del señor Heriberto Andrade.

Para los jueces es importante analizar y establecer si el Convocante en su condición de beneficiario ejerció oportunamente sus derechos y obligaciones contractuales, con el propósito de establecer si hay o no corresponsabilidad en la causación del daño cuyo resarcimiento es objeto de este proceso.

Derechos y obligaciones de los beneficiarios:

- 1. Aceptar todas las condiciones establecidas en el presente contrato, aceptación que se presume con el recibo del certificado de beneficio.**
- 2. Devolver a la FIDUCIARIA los certificados de beneficio.....**
- 3. Aceptar a título de dación en pago, en la proporción que le corresponda, los bienes que conforman el fideicomiso.....**
- 4. Las demás previstas en la ley o en este contrato.”**

COMENTARIO: La lectura del numeral anterior es importante en la medida en que los beneficiarios manifestaron, expresamente, la aceptación de las condiciones del contrato y en consecuencia es necesario estudiar en su totalidad las obligaciones de las partes para intentar establecer las responsabilidades cuyo esclarecimiento se pretende . En la cláusula Décima se regula LA JUNTA DEL FIDEICOMISO: ***“El presente FIDEICOMISO contará con una junta conformada por un (1) representante de cada uno de los BENEFICIARIOS que haya otorgado créditos al FIDEICOMITENTE y/o al Fideicomiso y un (1) representante del FIDEICOMITENTE. LA FIDUCIARIA no será miembro de la Junta del Fideicomiso, pero deberán asistir en calidad de invitados, y tendrán voz pero no voto.”***

"La Junta del Fideicomiso se reunirá cada mes o cada vez que las circunstancias lo ameriten, previa convocatoria realizada por cualesquiera de sus miembros o por LA FIDUCIARIA....."

"La Junta del Fideicomiso decidirá válidamente con el voto favorable de la mayoría de sus miembros. De las reuniones celebradas se dejará constancia en actas que deberán estar firmadas por las personas que hubieren sido designadas como presidente y secretario de la Junta....."

"La Junta del Fideicomiso tendrá las siguientes funciones:

- 1. Acordar los ajustes requeridos en los flujos, proyecciones y presupuestos de gastos y costos de funcionamiento presentados por el FIDEICOMITENTE.***
- 2. Aprobar las políticas de cartera aplicadas por el FIDEICOMITENTE para el recaudo del valor de las ventas de los bienes del fideicomiso.***
- 3. Velar para que la destinación de los bienes y recursos que conforman el patrimonio autónomo sea la establecida en este contrato.***
- 4. Ejercer la auditoría de este contrato.***
- 5. Resolver, en primera instancia, los conflictos que se presenten en razón de este contrato, sin perjuicio de la cláusula compromisoria.***
- 6. Las demás establecidas en este contrato."***

COMENTARIO: La cláusula décima tiene capital importancia en términos de establecer las responsabilidades concretas de los beneficiarios en el desarrollo del Contrato de Fiducia FA-097- INVERQUIMICAS, porque el no ejercicio por estos de los derechos y obligaciones pactados tiene, a juicio de los árbitros, la misma relación de causalidad que los incumplimientos de FIDUFES con el no pago de los créditos, precisamente, por la gestión incumplida por el Fideicomitente.

En la Cláusula Décima primera se hace referencia a los informes mensuales:
"La fiduciaria deberá presentar, informes de su gestión al Comité del Fideicomiso, en forma mensual, o en forma extraordinaria cuando la situación así lo amerite....."

COMENTARIO: Dentro del Proceso no existen pruebas de reuniones efectuadas entre la Fiduciaria, el Fideicomitente y representantes de los beneficiarios en donde se analizaba la marcha de INVERQUIMICAS en relación con los contratos suscritos y que hacían referencia a los incumplimientos del Fideicomitente.

Para los árbitros tiene especial importancia para definir la existencia o nó de responsabilidad civil contractual, referirse al flujo de dinero entregado a la Fiduciaria por parte del Fideicomitente y por los beneficiarios para establecer su responsabilidad.

Al tenor de las consideraciones del Contrato y de su cláusula tercera. El Fideicomiso FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS LTDA se constituyó como Patrimonio Autónomo mediante el aporte de \$ 500.000.00 efectuado por Inverquímicas, patrimonio que, de acuerdo con los antecedentes del Contrato y su objeto, debía incrementarse con aportes de inversionistas y con el producto de la transformación de materias primas efectuado por el Fideicomitente. Se pactó como objeto del contrato: "...la constitución de un patrimonio autónomo conformado por los recursos transferidos inicialmente por el FIDEICOMITENTE ...y/o que llegare a adquirir el Fideicomiso,....los cuales serán destinados a la transformación de materia prima con el fin de que los frutos provenientes de la venta.....sean destinados a la cancelación de las obligaciones adquiridas por el FIDEICOMITENTE Y/ o por el Fideicomiso.". En el numeral 5 de la Cláusula quinta reza: "EL FIDEICOMITENTE, se encargará de la manufacturación del producto, haciéndose responsable de la comercialización y cobro de las facturas, así como de la idoneidad de los clientes; de tal manera que asumirá cualquier incumplimiento en el pago de las facturas de venta."

De la lectura de las anteriores cláusulas, y de las obligaciones del FIDEICOMITENTE se evidencia que en referencia a la producción, comercialización y venta de productos químicos, la Fiduciaria no tenía ninguna responsabilidad contractual y si los dineros provenientes de tales actividades no ingresaron al patrimonio Autónomo, no entraron a la órbita de manejo administrativo de Fidufes, es decir, pudiera hablarse que "*el daño*" o el incumplimiento contractual se produjo antes de que la Fiduciaria asumiera la responsabilidad contractual por su manejo; en consecuencia, no es ajustado a derecho endilgarle toda la responsabilidad civil contractual por el incumplimiento de obligaciones que no contrajo.

Instrucciones dadas por INVERQUIMICAS LTDA a FIDUFES para el otorgamiento de garantías consistentes en el endoso en propiedad de títulos valores al Convocante para garantizar el pago del crédito adquirido.

En el dictamen pericial obrante (anexo No3 del experticio) aparece una comunicación enviada por INVERSIONES QUÍMICAS LTDA, a FIDUFES, de fecha 9 de 2001, en donde le da instrucciones sobre las facturas cambiarias de compra-

venta que debía endosar al Convocante para garantizarle el pago de la deuda de \$ 25.000.000.00 contraída con él, para el Tribunal está claro que en las mismas instrucciones ordenó que la Fiduciaria tendría en custodia tales títulos valores.

De la Diligencia de Conciliación llevada a cabo en el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali el día 29 de agosto del 2002, se evidencia que FIDUFES tuvo bajo su custodia las facturas cambiarias, que aparecen relacionadas por el Apoderado de la Convocante, las cuales no han sido tachadas ni objetadas, y que según la conducta asumida por las partes eran originales y tenían las características propias de los títulos valores y en esa fecha, a pesar de ya estar vencido el plazo para su pago, las acciones cambiarias correspondientes estaban vigentes y en ese acto las partes conciliaron la entrega de las mismas, sin que se haya probado si fueron o no entregadas al Convocante como se convino.

Para el Tribunal es claro que al señor Heriberto Andrade no le fue cancelado el valor del crédito, directamente, por el FIDEICOMISO FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS, ni indirectamente, a través de las facturas cambiarias que le fueron endosadas en propiedad, porque no hay constancia de que hubiera sido satisfecho su valor y a la fecha de hoy sus acciones cambiarias se encuentran prescritas, significando lo anterior que no hay ninguna duda razonable para concluir que el daño se produjo, así como que al Convocante le asiste el derecho para demandar el resarcimiento del daño.

Para los árbitros es lógico concluir en la existencia de responsabilidad civil contractual, parcial, de la FIDUCIARIA. Para los jueces no hay duda de que la Fiduciaria incumplió algunas obligaciones contractuales en la medida en que no fue diligente, cuidadosa y prudente en advertir que si el Patrimonio Autónomo FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS no tenía los activos suficientes para cancelar la obligación económica adquirida con el Convocante, el único mecanismo legal y contractual para recaudar el dinero prestado con sus correspondientes intereses era permitir al Convocante hacer uso de la garantía en la medida que el señor Andrade era endosatario en propiedad de títulos valores y lo obvio y evidente era entregarle las facturas para su cobro judicial para que la garantía cumpliera su cometido. Para el Tribunal la demora en la entrega de los títulos valores al beneficiario de la garantía, en su calidad de endosatario en propiedad y partiendo del supuesto del cumplimiento de las instrucciones recibidas por la Fiduciaria, constituye un comportamiento negligente e imprudente que tiene relación de causalidad directa, clara y cierta con la imposibilidad de ejercer las acciones cambiarias correspondientes a los títulos valores endosados, que hoy se encuentran prescritas y que muestran la ocurrencia del daño.

Para el Tribunal constituye prueba de la negligencia de la Fiduciaria no haber acreditado en el proceso ninguna actividad referente al cumplimiento de la obligación de entregar al señor Andrade los títulos valores relacionados en la Conciliación.

Considera necesario el Tribunal pronunciarse sobre la conducta de la parte Convocante respecto al ejercicio de sus derechos de endosatario en propiedad de los susodichos títulos valores que constituían las garantías de pago de las obligaciones dinerarias a su favor. Ha sorprendido a los Árbitros la negligencia reiterada de la parte Convocante en el ejercicio de sus derechos y obligaciones contractuales en la ejecución del contrato de Fiducia y específicamente, en el ejercicio de sus derechos contractuales en su condición de endosatario en propiedad de las facturas cambiarias de compra-venta recibidas en garantía. Conocida como lo fue por los beneficiarios y por la mesa de dinero P&G Asociados la imposibilidad de pago no tiene explicación distinta a la propia negligencia del Convocante en la defensa de sus derechos el que no hubiera reclamado la entrega de las garantías tan pronto tuvo conocimiento de la iliquidez financiera del Fideicomiso, ni que hubiera acreditado actividad alguna después del día 29 de agosto del 2002 para concretar la entrega de los títulos valores e iniciar las respectivas acciones cambiarias, en consecuencia, los Árbitros declararemos, luego, la corresponsabilidad de las partes en la ocurrencia del daño; FIDUFES por su negligencia en el manejo de las garantías otorgadas al Convocante cuyas acciones hoy se encuentran prescritas y al Señor Andrade por su corresponsabilidad en la ocurrencia del daño por no haber diligenciado la entrega de los títulos valores endosados a su favor en propiedad y ejercido las correspondientes acciones cambiarias.

Acta de conciliación llevada e cabo en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali el día 29 del mes de agosto de 2002.

Para el Tribunal es conveniente subrayar por sus consecuencias jurídicas: 1). La manifestación del doctor FABIAN ENRIQUE BULLA CASTRO, quién actuó a nombre de FIDUCIARIA FES S.A., de que el acto de entrega de las facturas en cuestión a favor de HERIBERTO ANDRADE sería llevado a cabo el día 29 de Agosto del 2002, de lo cual tenía conocimiento el señor HERIBERTO ANDRADE y 2) Que las facturas endosadas por el FIDEICOMISO FA 097 INVERSIONES QUIMICAS fueron la número 986 cuyo deudor es: PINTURAS Y TINTES GAMA, con vencimiento en Noviembre 23 de 2000 por un valor de UN MILLON TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$

1'376.550.oo). 2). La número 987 cuyo deudor es PINTURAS Y TINTES GAMA, con vencimiento en Noviembre 23 de 2000, cuyo valor de DOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 2'294.250.oo). 3). La número 1011 cuyo deudor es EMPAQUES INDUSTRIALES COLOMBIANOS, con vencimiento de Diciembre 3 de 2000, por valor de DOS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 2'492.050.oo). 4). La número 1020 cuyo deudor es LEFA S.A. con vencimiento de Enero 3 de 2001, por valor de OCHO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$8'648.552.oo). 5). La número 1021 cuyo deudor es LEFA S.A., con vencimiento en Enero 2 de 2001, por valor de NUEVE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 9'381.240.oo). 6). La número 1025 cuyo deudor es INGENIO PROVIDENCIA S.A. con vencimiento en 7 de Diciembre de 2000, por la suma de SEISCIENTOS VEINTIUN MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 621.000.oo). Facturas que están en poder de FIDUCIARIA FES S.A., FIDUFES y que son insuficientes para completar la garantía por valor de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25'000.000.oo).

De las anteriores anotaciones del acta de conciliación observamos que las facturas cambiarias endosadas a HERIBERTO ANDRADE debieron entregarse al Convocante el 29 de Agosto de 2002, que las facturas estaban bajo guarda y garantía de FIDUCIARIA FES S.A., que no consta que hayan sido entregadas y que la manifestación de la parte convocada de no haberlas recibido nunca fue objetada ni contradicha. Se observa igualmente, que las facturas endosadas al momento de efectuar la negociación de HERIBERTO ANDRADE con el fideicomitente INVERSIONES QUIMICAS LTDA se encontraban vencidas, no se conoció cuántas de estas facturas fueron canceladas directamente a INVERSIONES QUIMICAS LTDA. Se podría decir, supone el Tribunal, que el señor HERIBERTO ANDRADE no se presentó a reclamarlas.

Contrato de Maquila

El 19 de Octubre 1999 se firmó el Contrato de Maquila y comercialización entre del FIDEICOMISO FA- 097 e INVERSIONES QUIMICAS LTDA.

En este contrato FIDUCIARIA FES S.A. actúa como de Administrador Fiduciario del FIDEICOMISO FA-097 que tiene la calidad de Propietario; en el contrato aparecen los derechos y obligaciones de las partes, la forma de remuneración, y demás estipulaciones contractuales, que para el tribunal su incumplimiento o nó por parte

de la Fiduciaria no tienen relación de causalidad directa con el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende por la parte convocante. Es igualmente notoria la responsabilidad del propietario en la compra, entrega y uso de la materia prima, que debió hacer como una de las finalidades del Contrato de Maquila.

EL PERITAZGO

En el experticio efectuado por el contador LUIS EDUARDO HUERTAS LOZANO contesta las preguntas de los apoderados, posteriormente, las aclaraciones a las mismas. En su estudio analiza la contabilidad del FIDEICOMISO FA 097 desde el año 1999 hasta parte del 2003, establece que gracias a una circularización de cartera realizada por la auditoría de FIDUFES en febrero del 2001 se detectó que \$469.027.618.00 fueron pagados por los clientes del FIDEICOMISO y que no ingresaron al patrimonio autónomo. Dictamina como las ventas y los ingresos se fueron deteriorando desde una época de bonanza hasta su total colapso.

En el experticio del señor PERITO plantea la existencia de riesgos y el alea en toda negociación por causas de la modificación del mercado, de los precios de los insumos, por cambios estructurales en la economía del país que afectan la producción y ventas causando, eventualmente, el deterioro de algunas empresas como fue el caso de INVERSIONES QUIMICAS LTDA. Advierte que las irregularidades en que incurrió el Fideicomitente como la apropiación indebida de dineros del Patrimonio Autónomo aunque no hubiera variado las consecuencias finales si al menos la hubieran amortiguado.

CONCLUSIÓN: Para el Tribunal el experticio introdujo el criterio de un experto en el tema de las finanzas en donde dictaminó que las causas del incumplimiento de las obligaciones económicas con el Sr. Andrade se debieron al deterioro de las ventas y no al incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por FIDUFES. Advierte el Tribunal que la prueba no fue objetada por error grave.

PRUEBA TESTIMONIAL

- 1- El testigo Javier Arana García hace una declaración de carácter técnico, manifestando que la principal causa que llevó al fideicomiso FA-097 a la crisis y al incumplimiento de sus obligaciones, fue el detrimento del proceso de ventas del cual se desprendió un mínimo margen de utilidad, que solo permitía cubrir costos y gastos de fabricación. A juicio del Tribunal no explicó porque se produjo esa disminución en las ventas ni dió razón de su dicho. En su concepto, aunque no se hubiere presentado el deterioro de la cartera por insolvencia de algunos de los deudores, por recaudos de aproximadamente 400 millones de pesos que debieron ir a arcas del

fideicomiso y fueron a dar a las del fideicomitente, el solo deterioro de las ventas habría determinado la insolvencia del patrimonio autónomo y como consecuencia el incumplimiento de las obligaciones adquiridas.

INTERROGATORIO DE PARTE EL PRESIDENTE EJECUTIVO DE FIDUFES.

Acepta que el Fideicomiso fue una figura que se inventó en esa época para que empresas en dificultades, "sin capital de trabajo y a las que la banca les había cerrado los créditos, pudieran continuar con sus procesos de producción". De él se deriva el contrato de maquila para procesar materia prima, venderla y recuperar los recursos"

Preguntado sobre en qué consistía el control que hacía la Fes de los flujos de información, el doctor Suárez López respondió que la Fiduciaria lleva la contabilidad lo que implica tener información de lo que pasa en la empresa y al hacer seguimiento a los inventarios conocía las materias primas que entraban, la entrada y salida de productos del Fideicomiso, los recursos y los pasivos.

Inverquímicas en algún período no entregó el producto de las ventas a terceros de los bienes que fabricó por el contrato de maquila, "sino que los consignó en las cuentas de Inverquímicas". Se ordenó a la Auditoria que precisara los cifras y las formalizara y se requirió al fideicomitente que "era una persona con una trayectoria de más de 20 años en un negocio que requería niveles de confianza, no sólo por control de estupefacientes, sino que el sistema bancario le había confiado más de \$4.000 millones". Con el Fideicomitente se acordó que para suplir el faltante, le trasladara materia prima al Fideicomiso y los acreedores llegaron a acuerdos de pago con él. Estos acuerdos solo se cumplieron parcialmente y, dado que las ventas no se estaban dando como se habían presupuestado, la Fiduciaria pidió al Fideicomitente suplir los faltantes y estuvo atenta y a ver cual era la situación de los clientes de Inverquímicas, iniciar procesos en el caso de que hubieran pagado mal y, por último, se canceló el contrato de maquila y se "colocó" denuncia penal.

Respondiendo a la pregunta de porqué "si el faltante fue detectado en abril del 2001, la fiduciaria presenta la denuncia penal solo el 2 de junio del 2002, el doctor Suárez López, Presidente Ejecutivo de la Fiduciaria Fes, respondió que se utilizó la prudencia en el manejo de la información y que no era fácil llegar a una denuncia penal con un cliente con el que se tienen "vínculos

contractuales". La Fiduciaria está vigilada por la Superintendencia Bancaria y sus procedimientos, obligaciones y formas de control están legislados, mientras que quienes manejan dineros por mesas de dinero lo hacen con bajos niveles de responsabilidad, colocan su plata en un negocio y no se preocupan del mismo y cuando sus intereses no fluyen como quisieran, dicen que no estaban informados. La materia prima, a diferencia de lo pactado en el contrato de maquila, la adquirió el Fideicomitente con el control de los dineros por parte de la Fiduciaria, pero por eso no se perjudicó a los acreedores.

Acepta que el contrato de maquila suscrito por en Fideicomiso FA-97 representado por Fidufes con Inverquímicas está directamente relacionado con el Fideicomiso FA-097.

Declara que Fidufes tenía la información sobre la contabilidad y el control de inventarios. Declaró que el fabricante (el mismo fideicomitente) presentaba sus cuentas de cobro soportadas con facturas y la Fiduciaria veía si había o no recursos para pagar; en caso contrario quedaban en la contabilidad en cuentas por pagar.

Manifestó que durante un período el Fideicomitente no entregó al fideicomiso los recursos producto de las ventas, sino que los consignó en sus propias cuentas, señaló que la materia prima para la maquila no la adquirió Fidufes, sino que lo hacía a través del Fideicomitente.

ACTAS DE REUNIONES REFERENTES AL FIDEICOMISO FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS.

Para los árbitros es importante referirse a las actas levantadas durante algunas reuniones con motivo del Contrato de fiducia, en tanto que de una manera general se hace mención a las irregularidades e incumplimientos contractuales en los que incurrió el Fideicomitente y que a nuestro juicio, evidencian los hechos y responsabilidades determinantes del incumplimiento de las obligaciones contraídas con el Sr. Andrade.

Acta # 1 – 23-XII-99: Asistieron Inversiones Químicas y Fidufes- Presentaron balance con cartera por \$205'000.000, inventarios por \$164'000.000 y cuentas por pagar por \$250'000.000; ingresos por \$175'000.000 y costos y gastos por \$142'000.000 para una utilidad bruta de \$32'800.000: Se ordenó provisionar 20% para facturas con más de 60 días de vencidas, 50% para más de 90 días y 100% para facturas de más de 180 días. Se encontró diferencia entre Fiduciaria y

Fideicomitente en la cifra de inventarios, Inverquímicas se comprometió a hacer la conciliación. Se acordó una revisión mensual de la planta de resinas y enviar esta acta a P y G Asociados. (El acta está firmada solamente por el Secretario y se aportó al proceso una fotocopia sin firma).

Acta # 2 – 28-I-00: Asistieron Inverquímicas, Fidufes y P y G Asociados. Se presenta el estado de resultados y balance general y se sugiere a Inverquímicas elaborar un flujo de caja porque se acercaban vencimientos y revisar los costos financieros de los créditos a través de P. y G para que no lleguen a usura. P y G solicita que como la cartera es fuente de pago para los créditos, le sean endosadas las facturas, para lo cual Inverquímicas debe enviar las instrucciones del caso. (Está firmada solamente por el Secretario).

Acta # 3- 23-II- 00: Asistieron Inverquímicas y Fidufes. Se mencionan demoras en los pagos de Inverquímicas a proveedores y se hizo saber que desde Febrero 9/00 ésta última se acogió a la Ley de intervención económica y que los facturas en promedio se pagan a 75 días y se cobren a 90. Maquilan 35% de las ventas realizadas.

Acta # 004: Asistieron Inverquímicas y Fidufes: Se aprueba endosar en dación en pago por maquila a Inverquímicas dos facturas, sin responsabilidad de la Fiduciaria.

P y G debe autorizar cambiar las facturas a medida que se recauden y debe definir el tipo de operación que va a realizar con el Fideicomiso: a) Mutuo comercial; b) Crédito con facturas en garantía.

Acta # 005: Asistieron Inverquímicas, Fidufes y P y G Asociados y resolvieron: 1) Las facturas descontadas deben guardarse en custodia en la Fiduciaria y ésta emitir certificación; 2) Deben anexarse fotocopias de las facturas descontadas, endosadas con responsabilidad por el fideicomiso; 3) Anular el endoso cuando se cambien las facturas. Se reendosan siempre y cuando estén vigentes- Para prorroga deben reemplazarse las facturas, efectuando una nueva operación se firmará un pagaré en blanco con relación de facturas, el cual será el anexo. El Fideicomitente deberá indicar las condiciones de la operación y ordenará a la Fiduciaria elaborar un pagaré en blanco así como guardar en custodia las facturas endosadas que le haga llegar el Fideicomitente.

Acta # 006-23-VI-00: Asistieron Inverquímicas y Fidufes: Se presentaron los estados financieros concluyendo que la situación del fideicomiso no es la mejor por lo cual deben tomarse medidas preventivas. Se acordó preguntar a Inverquímicas sobre la provisión de cartera que es \$365'000.000 y se verifiquen por Fidufes si se puede cruzar con los pagos por maquila que hay que hacer, ya que "Inverquímicas no ha podido cancelar las facturas que el Fideicomiso a librado y que ellos han aceptado. Así como la utilización indebida de ciertos fondos por parte del fideicomitente, correspondientes al pago de facturas a favor del Fideicomiso". El Dr. Sepúlveda se compromete a enviar una carta con la relación de las facturas utilizadas" **(es la primera vez que se habla del posible desfalco, pero no había en la reunión ningún representante de los inversionistas).**

Se le pide a Inverquímicas "para llegar a un análisis concienzudo y real de la situación financiera del Fideicomiso", el envío de un nuevo flujo de caja teniendo en cuenta entre 90 y 120 días para el recaudo de cartera.

Acta # 007-10-VII-00: Inverquímicas y Fidufes: Para poder pagar a un inversionista, Inverquímicas le facturará al Fideicomiso materias primas por \$ 50'000.000, que endosará a favor del inversionista avisando por escrito a la Fiduciaria para el cambio de proveedor y cuando se venda lo que se fabricó con los materiales facturados por Inverquímicas, esos fondos se utilizarán para pagar al inversionista de que se habló allí. Fidufes debe efectuar un estudio para reestructurar la maquila "con el fin de ajustar el Fideicomiso a las cifras actuales y del mercado".

Acta # 8- 25-X-00: Inverquímicas y Fidufes: Inverquímicas se compromete a dar respuesta sobre el problema de los inventarios y a "conseguir la carta para ejecutar el cruce entre las cuentas por cobrar y por pagar". El Fideicomiso manifiesta que está pendiente del Dr. Afanador para fijar la fecha de la reunión en que se estudiará la situación del Fideicomiso hacia el futuro.

Acta # 9- 20- XI-00: Asistieron Inverquímicas, Fidufes e Inversionistas. Se presentaron los estados financieros con pérdidas de más de \$881'000.000, debidas a deficiente flujo de caja originado por baja rotación de cartera, ya que si no fuera así no habría provisiones y los intereses disminuirían. Hay desfase frente a los proveedores del Fideicomiso por \$100'000.000. Según Fidufes, los inversionistas se encuentran protegidos por cartera al 110% del valor de cada operación de descuento. Los recaudos de cartera han venido en descenso y por esto no se han cumplido obligaciones adquiridas. Se debe: Mejorar la rotación de

cartera y capitalizar por el Fideicomitente, para lo cual se propusieron diversas fórmulas. Los inversionistas solicitaron un estudio de la cartera endosada, además se acordó reclasificar los pasivos de Inverquímicas y conciliar los inventarios.

Acta # 10-25-I-01: Asistieron dos representantes de los inversionistas y dos de Fidufes- P y G. Informó sobre los resultados de circularización telefónica que había realizado: " Gran parte (de las facturas) ya han sido canceladas por los clientes" y existen facturas endosadas que no corresponden a efectivas ventas del Fideicomiso.

Alternativas: Como se van a sustituir las facturas ya recaudadas, en el futuro las debe aceptar el cliente exclusivamente para el pago al fideicomiso. El Fideicomitente debe transferir materias primas para que el fideicomiso las venda. Ante inquietudes de los asistentes, la Fiduciaria expone que ha actuado de acuerdo al contrato con controles lógicos y prudentes, pero que no cabe duda de que hay que establecer otros.

Acta # 011- 30-I-01 Asistieron: Inverquímicas, Fidufes y P y G Asociados: Gran parte de las facturas endosadas a inversionistas ya habían sido canceladas por los clientes. Inverquímicas no ha enviado la información sobre lo que ha recaudado por facturas y las facturas a cargo del Fideicomiso que dicen haber cancelado. Acordaron no aceptar más endosos de facturas que por maquila y reintegro de préstamos haga Inverquímicas. Fidufes recuerda que las cifras de los estados financieros hasta que no sean verificadas, no son reales. Se acepta que Inverquímicas facture a nombre del Fideicomiso y que ese dinero ingrese como aporte del Patrimonio Autónomo una vez sea recaudado.

Acta # 012- 13-II-01 Asistieron: Inverquímicas, Fidufes e Ingefin S.A.: Se discutió sobre el costo de cartera. Se aprobó que Inverquímicas haga una propuesta sobre el pago de los recursos por ella mal utilizados.

Acta # 013: No existe pues figura la # 16 de fecha 10 de Octubre de 01.

Acta # 14- 11-VI-01 Asisten Fidufes y abogados externos: Fidufes informa que no se han podido realizar normalmente las reuniones " debido a razones argumentadas por el fideicomitente". Se decide continuar con el cobro pre-jurídico de la cartera.

Acta # 15 – 26-IX-01: Asisten Fidufes e Inversionistas. Se evalúa la liquidación del Fideicomiso y, teniendo en cuenta que no hay informes sobre el cobro de la cartera, que existen cuentas mal canceladas por los clientes, otros dineros que recibió el fideicomitente y que consignó en cuentas que no son del fideicomiso, que hay que cubrir todas las posibles fisuras que permitan que Inverquímicas evada su responsabilidad y que esta situación se debe al mal uso de los dineros recaudados, se concluye: Realizar inventarios de materias primas y productos terminados, denunciar a los administradores de Inverquímicas, reunirse en el futuro cada 15 días y conseguir una abogada que realice las gestiones para la recuperación de los dineros.

Acta # 16 10-X-01: Asistieron Fidufes e Inversionistas. Se tomará bodega en arrendamiento para almacenar los inventarios, prioridad del Fideicomiso, pero previo inventario frente a testigos y con sellos de seguridad – Fidufes informa que por fin recibió las facturas de Inverquímicas y las está revisando. (Está firmada solamente por el Secretario).

Acta # 17 26-X-01: Asistieron Inversionistas y Fidufes: Se trató sobre el manejo de los inventarios. Fidufes informó hay facturas que no han podido ser recuperadas. Uno de los representantes de los inversionistas pide reunión con el presidente de Fidufes pues considera no adecuada la gestión de la Fiduciaria. Se adquirieron por los presentes algunos compromisos puntuales.(Está firmada solamente por el Secretario).

Acta # 18 9-XI-01: Asistieron representantes de Inversionistas y Fidufes: Se discutió sobre labores realizadas y se convino sacar los inventarios de las bodegas del fideicomitente y averiguar el estado de algunos procesos judiciales.

Ayuda de Memoria: Reunión #20 (28-XI-01)

Asistieron varios representantes de los inversionistas y uno de Fidufes. Inverquímicas se comprometió por escrito a entregar a los inventarios en fecha fija. Se trataron varios casos. El abogado explicó que se debe hacer para que la Fiduciaria pueda efectuar el cobro de las facturas. Nuevamente se decide que los inventarios deben estar fuera del alcance del Fideicomitente. Fidufes informa que no se ha puesto la demanda penal en contra de los representantes y administradores de Inverquímicas. Posteriormente discuten sobre algunas consecuencias del manejo del recaudo de la cartera frente al contrato de maquila y comercialización suscrito entre el fideicomiso FA 097 e Inverquímicas y sobre

posibles complicidades. Los inversionistas nuevamente piden más resultados con respecto a los procesos iniciados.(Está firmada solamente por el Secretario).

COMENTARIO: Para los árbitros de la lectura de las actas se desprenden evidencias sobre las irregularidades en que incurrió INVERSIONES QUÍMICAS a través de sus representante legal que fueron conocidas por quienes participaron en las veinte reuniones celebradas, dan cuenta de las decisiones tomadas por los asistentes y del poco seguimiento hecho a los planes trazados; acreditan gestiones de la Fiduciaria en los términos narrados en las Actas, dan cuenta que desde el año 2000 INVERSIONES QUÍMICAS LTDA se acogió a la Ley de Reestructuración Económica contenida en la ley 550 de 1999, circunstancia que a juicio del tribunal, resalta el grado de riesgo y de alea en que incurrió el Convocante a través de la mesa de dinero P&G Asociados, quien, seguramente, debió hacer el análisis de riesgo de la inversión.

Análisis sobre la existencia del daño.

La doctrina y la jurisprudencia han reiterado continuamente que para que exista responsabilidad civil contractual debe existir un daño y acreditado éste, debe existir relación de causalidad entre el incumplimiento de una obligación contractual o legal y el daño imputable al incumplimiento.

Las pruebas obrantes en el proceso acreditan que INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA suscribió con FIDUFES un Contrato de Fiducia denominado FA 097 INVERQUIMICAS el día 5 de octubre de 1.999 que tenía como objeto contractual el definido en la cláusula tercera: "**.... 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, todos los cuales serán destinados a la transformación de la materia prima consistente en productos químicos en productos terminados tales como resinas,.....,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.**".....", también está acreditado que entre la mesa de dinero P & G Asociados y Heriberto Andrade se celebró un contrato de intermediación financiera mediante el cual Heriberto Andrade prestó al Fideicomiso FA 097 la suma de \$ 25.000.000.00, como consta en la carta enviada por la Gerente Comercial de la mesa de dinero P & G Asociados, Dra. María Cecilia Saavedra, de 9 de febrero de 2001 al Dr. Carlos Gutiérrez funcionario de FIDUFES.(Folios 19.Cdno.6 anexo1...); el día 11 de octubre del año 2000 el Dr. Dino Amalfi, representante legal de FIDUFES envía comunicación a P & G Asociados certificando que se

conservaban en custodia las facturas libradas por el Fideicomiso FA 097 INVERSIONES QUÍMICAS por valor de \$27.545.755.00 relacionadas en el anexo, debidamente endosadas....las cuales se constituyen en garantía adicional a la operación de descuento. Como anexo del experticio (cuaderno 6, anexo 3) aparece la carta de instrucciones del Fideicomitente a FIDUFES de fecha 9 de febrero del año 2001 enviada a FIDUFES relacionando las facturas Cambiarias de Compra-venta que deberán ser endosadas a favor de Heriberto Andrade Claros y que permanecerán en su custodia. Dichas Facturas son:

No.	Cliente	Vencimiento	Capital
986	Pinturas y Tintes Gamma	23/11/00	\$1.376.550.00
987	Pinturas y Tintes Gamma	23/11/00	\$2.294.250.00
1011	Empaques Industriales Colomb.	03/12/00	\$2.492.050.00
1020	LEFA S.A.	03/01/01	\$8.546.662.00
1021	LEFA S.A.	06/01/01	\$9.381.240.00
1026	Ingenio Providencia	07/02/00	\$ 621.756.00

Da cuenta el trámite arbitral que las facturas endosadas al señor Heriberto Andrade, permanecían en custodia de la FIDUFES al día 29 de agosto de 2.002, fecha en que fue realizada el Acta de Conciliación (Cuaderno 1 numeral 9), en donde el señor Heriberto Andrade a través de su Apoderado manifiesta que la Fiduciaria se ha negado a entregar las facturas endosadas y que las que constituyen la garantía del pago del crédito a su favor, suman \$ 24.813.542.00, que solo cubren parcialmente, quedando un saldo de \$ 186.358.00 que debe ser completado para que sumen \$ 25.000.000.00.

En la misma diligencia de conciliación, dirigida por la Dra. Yilda Chois, el Señor Apoderado de FIDUFES, Dr. Fabián Enrique Bulla dijo: "Por parte de la Fiduciaria se quiere hacer claridad respecto de la afirmación efectuada por el señor Apoderado del solicitante en cuanto a que la custodia de las facturas objeto de negociación en cabeza de la Fiduciaria fue admitida desde el inicio por el solicitante atendiendo a la operatividad que el mismo desarrollo del negocio de Fiducia exigía. Las reclamaciones efectuadas por el señor Heriberto Andrade han sido atendidas todas ellas por parte de la Fiduciaria FES y las dificultades que se han generado para la misma lo es en virtud de las diferencias en cuanto al documento a través

del cual se haría la entrega formal de dichos títulos, proceso que llevamos adelantando por más de un mes. El acto de entrega de las facturas en cuestión será llevado a cabo el día 29 de agosto del año 2002.”

Como acuerdo conciliatorio, las partes, definieron que las facturas cambiarias antes mencionadas, complementando la garantía en la suma antes convenida debían ser entregadas al señor Andrade el mismo 29 de agosto del año 2.002.

Para el Tribunal es de capital importancia recabar en las consecuencias jurídicas de la aceptación del endoso de los mencionados títulos valores y de su entrega o no, al Convocante.

De la lectura detallada de la conciliación se evidencia que para el 29 de agosto del año 2.002, las facturas cambiarias que constituían la garantía de pago del préstamo hecho por el señor Heriberto Andrade al Patrimonio Autónomo FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS eran exigibles, de plazo vencido y la acción cambiaria no había sido intentada por FIDUFES como representante legal del patrimonio Autónomo, debido, considera el Tribunal, a que estaban endosados al Convocante; por otra parte, llama la atención al Tribunal la conducta de la parte Convocante cuando en la diligencia de Conciliación de fecha 29 de agosto del 2.002 concilia con FIDUFES la entrega de los títulos valores, con el propósito evidente de iniciar los respectivos cobros ejecutivos en su condición de endosatario en propiedad, sin embargo, dentro del proceso no hay constancia de su entrega, ni mucho menos de que se hayan iniciado los correspondientes procesos ejecutivos, ni que FIDUFES haya solicitado al señor Heriberto Andrade los respectivos poderes para iniciar las acciones cambiarias, ni que éste haya requerido a FIDUFES por el presunto incumplimiento de su obligación de entregarlos en los términos conciliados.

Para el Tribunal existe plena claridad que al señor Heriberto Andrade, el Patrimonio Autónomo FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS a través de la Fiduciaria no le ha cancelado su crédito, según, FIDUFES por la caída en la ventas del Fideicomitente, ni fueron hechas efectivas las garantías de pago del crédito porque las acciones cambiarias se dejaron prescribir al haber transcurrido más de tres años desde la fecha de su vencimiento, circunstancias que permiten concluir a los Árbitros, sin lugar a dudas, que el daño efectivamente se produjo, porque la conducta de las partes y las pruebas aportadas, así lo evidencian.

Corresponde ahora al Tribunal analizar la relación de causalidad existente entre el daño y la conducta de las partes a la luz de la Ley y de las obligaciones contractuales.

Para el Tribunal merece atención especial hacer referencia a la tasación de la cuota de responsabilidad de las partes en la ocurrencia del daño cuyo resarcimiento se pretende a través de este procedimiento arbitral.

FIDUFES RESPONDE HASTA POR LA CULPA LEVE.

Teniendo los diversos grados de responsabilidad establecidos por el Código de Comercio y en El Régimen Financiero y Cambiario para las sociedades Fiduciarias, el Tribunal teniendo en cuenta la corresponsabilidad de las partes en la ocurrencia del daño, tasaré proporcionalmente, la parte que corresponderá resarcir a la convocada, como también en la condena en costas y en las agencias en derecho.

Finalmente, para el Tribunal es trascendental retomar el tema de la carga de la prueba en las obligaciones de medio. Siendo consecuente con el marco teórico dentro del cual ha salido la argumentación para dictar este Laudo, la carga de la prueba de los incumplimientos contractuales afirmados por la parte convocante y a cargo de la convocada, como su relación de causalidad, debió corresponder a la parte convocante. Analizados tanto los hechos de la Demanda, su contestación como de acervo probatorio arrimado al proceso arbitral, los Arbitros hemos concluido que no obstante haberse probado muchos incumplimientos contractuales de la Fiduciaria, no se acreditó su relación de causalidad, cierta y directa con el daño causado, salvo en el derivado del manejo de las garantías otorgadas al Convocante que constituyen incumplimientos a las obligaciones contractuales de FIDUFES (Cláusula 5º numerales 7º y 9º, cláusula 7º numeral 1, 4, 10 y 11 del contrato de la Fiducia) que si tuvieron relación causalidad, cierta y directa con el daño, sin que existiera ningún eximente de responsabilidad, como fue el desacertado manejo de las garantías otorgadas al señor Andrade en cumplimiento de instrucciones del Fideicomitente, al retenerlas después de producirse la iliquidez del patrimonio autónomo, y que el convocante consintió pasivamente. Hoy las acciones cambiarias se encuentran prescritas, tipificándose el daño cuyo resarcimiento se Demanda.

Aplicados los principios rectores de la responsabilidad civil contractual antes mencionados, al caso que hoy ocupa a este tribunal, hemos concluido que está probada la existencia de numerosas violaciones o incumplimientos de los deberes y obligaciones derivados de los contratos celebrados, especialmente del de Fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, lo cual constituye un escenario de responsabilidad civil compartida a cargo de las partes en este proceso, de acuerdo con los artículos 2341 y 2357 del Cod. Civil. Pero al mismo

tiempo no se demostró, a juicio del Tribunal, la relación directa de tales hechos u omisiones contrarios a lo acordado contractualmente, con el daño o los perjuicios causados, excepto en lo atinente al descuidado manejo de las garantías que hizo Fidufes aunado a la falta de actividad del Convocante para reclamarlas y ejercer a tiempo sus derechos y hacerlas efectivas.

Estas conductas omisivas de ambas partes acreditadas en el proceso, las cuales impidieron el oportuno recaudo de los valores que estaban garantizando, sí demuestran la relación de causa a efecto y se dieron, como antes se expresó, por ambas partes aunque en distinta proporción ya que no puede ser igual la responsabilidad de una entidad Fiduciaria especializada, a la de un inversionista común y corriente.

Demostrado el no cumplimiento total tanto por el convocante como por la convocada de los contratos que los vinculaban (culpa correlativa), el Tribunal accederá parcialmente a las pretensiones primera, segunda, tercera y cuarta, partiendo de la base de que se trata de obligaciones de medio adquiridas por la Fiduciaria en el contrato y administradas con negligencia, descuido y desorden que hacen responder hasta por la culpa leve (art.1.243 C.Co.) a la Fiduciaria.

Por todo lo expuesto este Tribunal de Arbitramento ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY dicta el siguiente:

CAPITULO QUINTO

LAUDO ARBITRAL

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 QUIMICAS LTDA, del cuál es parte como beneficiario el señor HERIBERTO ANDRADE .

SEGUNDO: Declárase igualmente responsable al señor HERIBERTO ANDRADE y en consecuencia, la concurrencia de culpa en la generación del daño ocurrido.

TERCERO: Condénase a la FIDUCIARIA FES S.A., FIDUFES, al pago de una indemnización compensatoria a favor del señor HERIBERTO ANDRADE, dentro de los 5 (cinco) días siguientes a la ejecutoria de este laudo, en la proporción de un 70% por existir culpa concurrente, equivalente a la suma de Diecisiete millones quinientos mil pesos moneda corriente (\$17.500.000.oo).

CUARTO: Condénase a la sociedad FIDUCIARIA FES S.A., FIDUFES, a pagar a favor del señor HERIBERTO ANDRADE dentro de los 5 (cinco) días siguientes a la ejecutoria de este laudo la suma de \$18.156.649.oo. correspondientes a los intereses moratorios causados sobre la suma de Diecisiete mil quinientos millones de pesos moneda corriente (\$17.500.000.oo) desde el día 9 de Febrero del año 2001 hasta la fecha de ejecutoria y los que se causen desde el día siguiente de la ejecutoria hasta su pago efectivo.

QUINTO: Condénase a la sociedad FIDUCIARIA FES S.A., FIDUFES, a pagar en forma concurrente las costas del proceso en un 70%, para lo cuál se ordena reembolsar al señor HERIBERTO ANDRADE las siguientes sumas de dinero dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo:

- a. Honorarios de los árbitros teniendo en cuenta la proporción de pago de cada parte y el IVA asumido por uno de los árbitros, la suma de Cuatro millones trescientos veintiséis mil seiscientos setenta y dos pesos moneda corriente (\$4 ' 326.672.oo).
- b. Honorarios de la secretaría del Tribunal, teniendo en cuenta la proporción de cada parte y la retención en la fuente asumida por la secretaría la suma de Seiscientos ochenta y cuatro mil seiscientos pesos moneda corriente (\$684.600.oo).
- c. La suma pagada por gastos de funcionamiento del Tribunal teniendo en cuenta la proporción de pago de cada parte la suma de Un millón doscientos sesenta mil pesos moneda corriente (\$1 ' 260.000.oo).
- d. Las sumas pagadas por gastos de administración del Tribunal, teniendo en cuenta la proporción de pago de cada parte y el IVA causado por este concepto la suma de Seiscientos cuarenta y ocho mil setecientos ochenta y ocho pesos moneda corriente (\$\$648.788.oo).

e. Condénase al pago del valor de los honorarios fijados por el tribunal al perito contable teniendo en cuenta la proporción de pago de cada parte en la suma de Un millón cuatrocientos mil pesos moneda corriente (\$1.400.000.00).

f. Las agencias en derecho a cargo de la convocada se fijan, siguiendo el mismo criterio proporcional en la suma de Seis millones quinientos noventa y seis mil cuatrocientos treinta y un pesos moneda corriente (\$6.596.431.00).

SEXTO: Ordénase por la secretaría la expedición y entrega de copia auténtica de este laudo a cada una de las partes.

SEPTIMO: Por la 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 por el Presidente la protocolización de este expediente en una Notaría del Circulo de Cali.

Notifíquese y cúmplase.

El Presidente

LEONEL CRUZ TRUJILLO

Los Árbitros

FLAVIO DELGADO RIVERA

JAIME VALENZUELA COBO

HERMAN GOMEZ GUTIERREZ

Secretario del Tribunal

COMENTARIO DEL TRIBUNAL

Para el Tribunal es muy diciente el exceso de confianza que demostró Fiduciaria Fes S.A. "Fidufes" para con Inversiones Químicas Ltda., lo cual se tradujo en falta de control para con el fideicomiso y para con las acreencias y obligaciones de los beneficiarios. Preguntado el doctor Gabriel Suárez López Presidente de Fidufes sobre la actividad desplegada en defensa del patrimonio autónomo, por la compañía de la cual es representante legal, contestó: *"Esos acuerdos pues de buena voluntad, inicialmente se impulsaron en tanto pues el Fideicomitente era una persona con una trayectoria de más de 20 años en un negocio, digamos complejo, que requería niveles de confianza, no sólo por control de estupefacientes sino que el sistema bancario le había confiado mas de 4 millones, o sea, no estamos hablando con una persona y una empresa que no tuviera una trayectoria seria, de modo que los primeros conocimientos que tuvo la Fiduciaria en faltantes se entendieron como aspectos y infliciones (así se escucha infliciones) y dificultades y cuestiones digamos, que podían subsanarse y efectivamente las partes del contrato en ese caso la Fiduciaria que estaba involucrada como administradora, los acreedores llegaron a acuerdos en esa dirección".*

Finalmente, para el Tribunal es trascendental retomar el tema de la carga de la prueba en las obligaciones de medio. Siendo consecuente con el marco teórico dentro del cual ha salido la argumentación para dictar este Laudo, la carga de la prueba de los incumplimientos contractuales afirmados por la parte convocante y a cargo de la convocada, como su relación de causalidad, debió corresponder a la parte convocante. Analizados tanto los hechos de la Demanda, su contestación como de acervo probatorio arrimado al proceso arbitral, los Arbitros hemos concluido que no obstante haberse probado muchos incumplimientos contractuales

de la Fiduciaria, no se acreditó su relación de causalidad, cierta y directa con el daño causado, salvo en el derivado del manejo de las garantías otorgadas al Convocante que constituyen incumplimientos a las obligaciones contractuales de FIDUFES (Cláusula 5º numerales 7º y 9º, cláusula 7º numeral 1, 4, 10 y 11 del contrato de la Fiducia) que si tuvieron relación causalidad, cierta y directa con el daño, sin que existiera ningún eximente de responsabilidad, como fue el desacertado manejo de las garantías otorgadas al señor Andrade en cumplimiento de instrucciones del Fideicomitente, al retenerlas después de producirse la iliquidez del patrimonio autónomo, y que el convocante consintió pasivamente. Hoy las acciones cambiarias se encuentran prescritas, tipificándose el daño cuyo resarcimiento se Demanda.