

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

AYACAR S.A.

CONTRA

FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES S.A.

AUDIENCIA DE FALLO

Santiago de Cali, 2 de abril de 2004

Finalizadas las actuaciones procesales para la debida instrucción del trámite arbitral propuesto y estando dentro de la hora y fecha fijadas para llevar a cabo la audiencia de fallo, procede el Tribunal de Arbitramento a proferir el Laudo Arbitral que pone fin al litigio surgido entre **AYACAR S.A. y FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES S.A."**.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

1. CONTROVERSIA JURIDICA.-

Corresponde al Tribunal resolver las controversias surgidas durante la ejecución del Contrato de Fiducia Mercantil **FA-097 INVERSIONES QUIMICAS** suscrito entre la sociedad **INVERSIONES QUIMICAS LTDA.** en calidad de Fideicomitente y la sociedad **FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES S.A.**, en calidad de fiduciaria, recogido en el contrato de **FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACION Y FUENTE DE PAGO**, suscrito el día 5 de octubre de 1999, cuyo objeto conforme a la cláusula tercera del mencionado contrato consiste en: *"El objeto del presente contrato 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, adhesivos, pegantes, emulsiones y dispersiones, con el fin de que los frutos provenientes de la venta de estos productos sean destinados a la cancelación de las obligaciones adquiridas por el Fideicomitente y/o el Fideicomiso.*

En desarrollo del presente contrato, la Fiduciaria, en calidad de administradora del fideicomiso comprará, por cuenta y riesgo de este ultimo la materia prima requerida; para celebrar el respectivo contrato de maquila y de comercialización; así como para celebrar contrato de comodato precario, si fuere necesario y los contratos de prestación de servicios requeridos para la manufacturación y bodegaje de los productos terminados. Igualmente, la

Fiduciaria podrá garantizar con los bienes que conforman el patrimonio autónomo, el pago de las obligaciones que adquiera el fideicomitente y/o el fideicomiso, mediante la expedición de certificados de beneficio, de manera que cuando se presente el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones mencionadas, la fiduciaria procederá a entregar al beneficiario los bienes que conforman este patrimonio, para que se cancele con ellos su acreencia, de acuerdo con lo establecido en la cláusula décima primera de este contrato”.

2. CLAUSULA COMPROMISORIA.

En la cláusula vigésima del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago denominado **FA-097 INVERSIONES QUIMICAS**, las partes estipularon: “**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 3 árbitros designados por la Cámara de Comercio de Cali y se regirá por lo dispuesto en las normas vigentes. El Tribunal fallará en derecho”.*

3.- LA SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO.-

El 9 de abril de 2003 fue radicada en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, por conducto de apoderado judicial, libelo de demanda, de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, demanda que fue sustituida, dentro del término procesal oportuno, en escrito radicado en el mismo Centro el día 30 de mayo de 2003.

4.-DESIGNACION DE ARBITROS.-

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, procedió a la designación por sorteo, de la lista de árbitros inscritos, nombrando para tales efectos a **MANUEL BARRAGAN LOZADA, LUZ ELENA CABAL BORRERO Y MARIA ESPERANZA MAYOR GORDILLO**, como árbitros, quienes como principales manifestaron por escrito su aceptación, en la oportunidad que se les dio para ello.

5.- INSTALACION DEL TRIBUNAL.-

De conformidad con lo establecido en el numeral 1º. del artículo 142 del Decreto 1818 de 1998 y el reciente fallo de la Corte Constitucional, sentencia C-1038 de noviembre 28 de 2002, se instaló el Tribunal de Arbitramento, tal como consta en el Acta número de 17 de junio de 2003, en sesión realizada en la Sala No. 2, del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. En la Audiencia de instalación se fijó como lugar de funcionamiento del Tribunal las dependencias del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, se reconoció personería, se señalaron los honorarios de los árbitros y del secretario y los gastos del Tribunal, se fijó fecha para la primera audiencia, fecha que posteriormente se modificó.

El Tribunal designó como Presidente al doctor **MANUEL BARRAGAN LOZADA** y como Secretaria a la doctora **PATRICIA RIASCOS LEMOS**, quien aceptó la designación efectuada y tomó posesión del cargo ante el Presidente. (acta No. 2 del 22 de julio de 2003).

6.-PRIMERA AUDIENCIA DE TRAMITE Y COMPETENCIA.-

Consignado oportunamente por la parte convocante el valor de los honorarios y gastos, los que posteriormente le fueron reembolsados en su proporción correspondiente por la parte demandada y posesionada la secretaria, se inició la primera Audiencia de Tramite el día 19 de agosto de 2003, audiencia en la cual, de conformidad con lo resuelto por la Corte Constitucional, en Sentencia C- 1038, de 28 de noviembre de 2002, el Tribunal, por auto numero 3, de 19 de agosto de 2003, asume su competencia y por auto numero 4, de 19 de esta misma fecha admite la Demanda Arbitral propuesta y ordena correr traslado a la parte convocada. (acta No. 3 de 19 de agosto de 2003).

Se continúa con el desarrollo de la primera audiencia, de trámite y, mediante auto numero 5, de 10 de septiembre de 2003, se incorpora al expediente el escrito de contestación de demanda presentado por el apoderado de la parte convocada, junto con la totalidad de anexos y documentos aportados y mediante auto numero 6, de la misma fecha, se ordena continuar con la primera audiencia de tramite y al efecto se señala fecha para la practica de Audiencia de Conciliación. (Acta No. 4, de 10 de septiembre de 2003).

El 17de septiembre de 2004 concluye la primera audiencia de trámite, declarándose fracasada la audiencia de conciliación, procediendo el Tribunal mediante auto número 7, de 17 de septiembre de 2003 a resolver y decretar las pruebas solicitadas por los apoderados de las partes.

7.-TERMINO.-

Al no señalar las partes el término de duración del proceso, éste será de seis (6) meses contados a partir de la celebración de la primera audiencia de trámite, adicionado en los días en que hubiere permanecido suspendido el proceso, conforme con lo establecido en el artículo 103 de la ley 23 de 1991. El término de duración del presente proceso se cuenta desde el 17 de septiembre de 2003 hasta el 17 de marzo de 2004 adicionado en 21 días en que permaneció suspendido el proceso a solicitud verbal de los apoderados de las partes; en cumplimiento de las instrucciones impartidas a estos por sus poderdantes, encontrándonos en consecuencia dentro del término legal para resolver.

CAPITULO II

LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES

1.- HECHOS DE LA DEMANDA.-

PRIMERO: Que entre la entidad social, “Inversiones Químicas Ltda.” domiciliada en Cali, denominada “La Fideicomitente” y la sociedad, “Fiduciaria Fes S.A.”-“Fidufes”, asimismo con domicilio en Cali, llamada a su vez “La Fiduciaria”, se firmó un “Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago” y distinguido con fecha, Octubre cinco(5) de 1999.-

SEGUNDO: En este hecho se calificaron las partes contratantes o interesadas así:

1) Fideicomitente: Entidad social que constituyó el Patrimonio Autónomo, para el caso, la sociedad, “Inversiones Químicas Ltda.”.-

2) Fiduciaria: Entidad social encargada de administrar el Patrimonio Autónomo, o sea, la parte convocada, para el caso, “Fiduciaria Fes S.A.”-“Fidufes”.-

3) Patrimonio Autónomo: Conjunto de haberes y derechos creados con una especialidad específica, separados patrimonialmente de los intereses monetarios de “El Fideicomitente” y “La Fiduciaria”.-

4) Beneficiario(s): Persona(s) jurídica(s) o natural(es), con las cuales, “El Fideicomiso” o la sociedad, “Inversiones Químicas Ltda.”, adquirieron obligaciones.-

5) Certificado(s) Beneficiario(s): Documento(s) diligenciado(s) por “La Fiduciaria”, en favor del(los) Beneficiario(s), con todos los pormenores de identificación y Ley.-

6) Contrato de Maquila: Convenio por el cual una persona entrega a un fabricante materia(s) prima(s) de su propiedad, para ser transformadas por este último, en procesamiento(s) industrial(es), recibiendo en cambio una contraprestación monetaria en dinero o especie.-

7) Contrato de Comercialización: Acuerdo donde se encarga a un tercero la promoción y venta de los productos terminados, reconociéndosele un valor dinerario.-

8) Comodato Precario: Contrato relativo a la entrega que realiza una persona a otra, de un bien para su uso, gratuitamente, pudiendo la primera, pedir la cosa prestada, a voluntad.

TERCERO: En esta estipulación se determinó la entrega de la cantidad de quinientos mil pesos (\$500.000,00) moneda legal colombiana, de parte de “La Fideicomitente” a “La Fiduciaria”, para la continuación del respectivo Patrimonio Autónomo, llamándose éste, “Fideicomiso FA-097 Inversiones Químicas”.

CUARTO: Como objeto del convenio señalado se dijo que era “La constitución de un Patrimonio Autónomo, conformado por recursos económicos aportados en principio por “El Fideicomiso” y destinados a la transformación de materias primas referentes a haberes químicos, después en productos terminados y cuyos frutos, entendiéndose ventas, se destinarían a la cancelación de compromisos tomados por “El Fideicomitente” o “El Fideicomiso”.

Se precisó que “La Fiduciaria”, como administradora de “El Fideicomiso”, sería la encargada, por su cuenta y riesgo, de comprar la(s) materia(s) prima(s) exigida(s), debiéndose celebrar entonces el correspondiente Contrato de Maquila y Comercialización.

Igualmente se autorizó a “La Fiduciaria”, para garantizar con los bienes constituidos del Patrimonio Autónomo, la cancelación de obligaciones a cargo de “El Fideicomitente” o “El Fideicomiso”, mediante el gestionamiento de certificados de beneficio, resaltándose la posibilidad del Patrimonio Autónomo, para la cancelación de la(s) procedente(s) deuda(s).

QUINTO: En esta norma se precisaron los haberes económicos que constituyeron El Fideicomiso, detallándose: 1) Dinero suministrado por La Fideicomitente a La Fiduciaria, al firmarse el acuerdo. 2) Los bienes que adquiriere El Fideicomiso en desenvolvimiento del objeto. 3) Los créditos otorgados por Los Beneficiarios al Patrimonio Autónomo, debiendo La Fiduciaria invertirlos en el Fondo Común Ordinario respectivo. 4) Las materias primas, productos en proceso, terminados, subproductos y desperdicios que resultaren. 5) Los ingresos logrados por la enajenación de productos terminados, subproductos o desperdicios. 6) Las facturas cambiarias de compraventa emitidas por causa de la comercialización, así como los descuentos, factoring o venta de Cartera de El Fideicomiso y 7) Las órdenes de compraventa, remisiones y restantes documentos generados con el pertinente Contrato de Fiducia.-

SEXTO: En el siguiente acápite se determinaron las instrucciones concedidas por El Fideicomitente a La Fiduciaria para el desarrollo del objetivo especificado, resaltándose al respecto:

Los Beneficiarios otorgarían al Patrimonio Autónomo, créditos destinados a la transformación de productos químicos en productos terminados, como resinas etc, usándose los frutos para el pago de los créditos garantizados por El Fideicomiso, previo ingreso de los mismos al Patrimonio Autónomo, siendo invertidos a su vez, en el Fondo Común Ordinario.

SÉPTIMO: A continuación fueron precisadas las obligaciones y derechos de “La Fiduciaria”, que resumidamente se determinan así: a) Debitar de los recursos administrados, las sumas pactadas por concepto de la Comisión Fiduciaria. b) Recibir el(los) dinero(s) proveniente(s) de los créditos obtenidos y la materia prima entregada por Los Beneficiarios y a favor de El Fideicomiso. c) Invertir los recursos monetarios aportados al Patrimonio Autónomo en el Fondo Común Ordinario administrado por La Fiduciaria, en tanto fueren destinados al proceso transformación.-

Igualmente se destacaron algunos deberes de La Fiduciaria en la siguiente forma: 1) Efectuar diligentemente todos los actos necesarios para la ejecución del contrato, siguiendo las indicaciones de El Fideicomitente. 2) Mantener los intereses fideicomitidos separados de los propios, llevando también una contabilidad independiente e informando oportunamente a las partes interesadas sobre la actuación de la Fiduciaria. 3) En relación al Patrimonio Autónomo, ejercer la personería tendiente a la protección y defensa de los bienes fideicomitidos y aún de El Fideicomitente. 4) Respetar en la ejecución de La Fiducia, los términos y facultades recibidas, buscando siempre la finalidad del contrato. 5) Ante dudas presentadas, solicitar instrucciones al Superintendente Bancario. 6) Otorgar los certificados de beneficio, comunicar a Los Beneficiarios las circunstancias que pudieren ocasionar la notificación o terminación anticipada del convenio. 7) Ejercer todos los derechos derivados de la naturaleza de los bienes fideicomitidos y 8) Celebrar los actos y contratos exigidos para cumplir la finalidad de El Fideicomiso.

OCTAVO: En esta estipulación se realizó un pronunciamiento genérico y simplemente enumerativo.

NOVENO: Se indicó en este aparte, la constitución de la Junta del Fideicomiso, anotando componentes, fechas de reunión, mayorías etc.

DECIMO: En este hecho se señalaron las funciones de la Junta del Fideicomiso, así:

- a) Acordar los ajustes requeridos en los flujos, proyecciones y presupuestos de gastos y costos de funcionamiento presentados por el Fideicomitente.
- b) Aprobación de la política de Cartera a cargo del Fideicomitente.
- c) Velar por el destino de los bienes y recursos del Patrimonio Autónomo.
- d) Ejercer la Auditoría del Fideicomiso.-
- e) Resolver en principio, los conflictos presentados entre las partes.-
- f) Las de Ley.

DECIMO-PRIMERO: En este acápite se anotó el deber de La Fiduciaria de presentar informes al Comité del Fideicomiso en forma mensual o extraordinariamente al requerirse, fijándose el plazo de treinta (30) días para su aprobación.

DECIMO-SEGUNDO: Se señaló en este punto el proceder ante el incumplimiento de las obligaciones amparadas con El Fideicomiso, resaltándose el compromiso de La Fiduciaria de notificar a Los Beneficiarios, en el plazo máximo de diez (10) días, calendario, sobre cualquiera irregularidad, como la insuficiencia de los recursos destinados para el pago de las obligaciones garantizadas.

DECIMO-TERCERO: Se determinaron otras estipulaciones, que por su generalidad no se especifican.

DECIMO-CUARTO: En este hecho se comentó la existencia del “Contrato de Maquila y Comercialización”, suscrito entre el “Fideicomiso FA-097 Inversiones Químicas”, representado por la “Fiduciaria Fes S.A.”-“Fidufes” e “Inversiones Químicas Limitada”.

DECIMO-QUINTO: Se aclaró en este hecho que el objeto del aludido contrato era transformar las materias primas suministradas por “El Propietario” a “El Fabricante” y para producir resinas, pegante etc, obligandose a su comercialización.

DECIMO-SEXTO: En este hecho se habló del proceso de la maquila, el almacenamiento de materias primas, obligaciones a cumplir, medios de transporte y varios.

También se estableció a cargo de El Fabricante, el deber de tomar pólizas de seguros, reiterando el compromiso de realizar controles sobre los inventarios de las materias primas y subproductos.-

DECIMO-SEPTIMO: En esta cláusula se determinó el valor de la Maquila, debiéndose reconocer a El Fabricante, un treinta y cinco por ciento (35%) del valor bruto de ventas, un sesenta por ciento (60%) a destinarse por El Propietario para pagos fiscales, bancarios y de comercialización y el saldo, esto es, el cinco por ciento (5%) restante para constituir una provisión en el Fondo Común Ordinario de Fidufes, para atender solo obligaciones a cargo del Fideicomiso.

DECIMO-OCTAVO: En esta estipulación se especificó la forma de pago de la maquila y un porcentaje en avances, hasta el treinta por ciento (30%) de las ventas brutas.

Para ello se indicó un procedimiento administrativo interno a cargo de El Fabricante y en dirección a El Propietario.

DECIMO-NOVENO: En este hecho se precisaron los plazos de duración, el deber de llevar registros contables independientes, las causales de terminación anticipada del convenio, el domicilio contractual, el impuestos de timbre y la Cláusula Compromisoria.

VIGÉSIMO: En este hecho se refiere a (los) préstamo(s) facilitados por “Ayacar S.A.” al “Fideicomiso FA-097 Inversiones Químicas”, para adquirir y financiar materias primas.

Valor total: Ciento veintiocho millones de pesos (\$128.000.000,00) moneda legal colombiana, distribuido en dos partidas de sesenta y cuatro millones de pesos (\$64.000.000,00) moneda legal colombiana, cada una.

Fechas de entrega y vencimiento: mayo catorce (14) del 2001 – septiembre catorce (14) del 2001 y julio cinco (5) del 2001 – agosto seis (6) del 2001.-

VIGÉSIMO-PRIMERO: Se declaró la existencia de los comentados valores en los Balances de “La Fiduciaria Fes S.A.”-“Fidufes”.

VIGÉSIMO-SEGUNDO: Se dice en este hecho que la “Fiduciaria Fes S.A.” “Fidufes”, como Administradora del “Fideicomiso FA-097”, ha negado el pago de las obligaciones, adeudados por el Patrimonio Autónomo.-

VIGÉSIMO-TERCERO: Se expresó en este hecho que el nueve (9) de julio del 2001, “La Fiduciaria Fes S.A.”-“Fidufes”, notificó a algunos inversionistas que el “Patrimonio Autónomo FA-097 Inversiones Químicas”, había sido “desfalcado” por “Inversiones Químicas Limitada”, en virtud a la ejecución del Contrato de Maquila indicado, habiendo cobrado esta sociedad, facturas cambiarias aceptadas en beneficio del “Patrimonio Autónomo FA-097 Inversiones Químicas” y por concepto de ventas, retirándolos o cobrándose cheques indebidamente, “usando un sello mandado a hacer, en forma fraudulenta y sin autorización de la fiduciaria”.

VIGÉSIMO-CUARTO: En este hecho se expresó que a julio nueve (9) del 2001, la “Fiduciaria Fes S.A.”-“Fidufes”, dijo ignorar el monto de(los) fraude(s)

aducido(s) y consecuentemente la Entidad Fiduciaria, como administradora del Patrimonio Autónomo FA-097 Inversiones Químicas, suspendería el pago a los acreedores.

VIGÉSIMO-QUINTO: En este hecho, no se formuló un acaecer, sino que se planteó un concepto.

Por esa circunstancia no se transcribe, así sea parcialmente, dejándose las apreciaciones del caso para analizarlas en el pronunciamiento de fondo y luego del estudio de las pruebas aportadas o practicadas, cánones legales aplicables etc.

VIGÉSIMO-SEXTO: Para concluir se manifestó otro criterio, no un hecho y, el cual, sera objeto debate de más adelante.

2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA.-

La parte convocante solicita al Tribunal:

“PRIMERA: Declárese que la **FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES”**, incumplió el contrato de **FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y FUENTE DE PAGO**, celebrado el 5 de octubre de 1999, entre las sociedades **INVERSIONES QUIMICAS LIMITADA** y la **FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES**.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la **FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES”** a pagar a título de daño emergente, a la sociedad **AYACAR S.A.**, las cantidades de dinero que a título de préstamo entregó al **FIDEICOMISO FA-097 INVERSIONES QUIMICAS**, obligaciones que se describen a continuación:

- 1.1. La suma de **SESENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$ 64.000.000) M/CTE.**, entregados el día 5 de julio del año 2001, para ser pagados el día 6 de agosto del mismo año.
- 1.2. La cantidad de **SESENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$ 64.000.000) M/CTE.**, entregados el día 14 de mayo del año 2001, para ser pagados el día 14 de septiembre del mismo año.

TERCERA: Condénese a la sociedad **FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES**, a pagar a la sociedad **AYACAR S.A.** a título de lucro cesante, por tratarse de obligaciones dinerarias, el interés de mora, liquidado a partir del capital de cada una de las obligaciones señaladas en los numerales 1.1 y 1.2 del punto primero del petitum de esta solicitud, interés de mora que de acuerdo con lo expresado en el artículo 884 del Código de Comercio, equivale a una y media veces tomando como base el interés bancario corriente, de acuerdo con la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria de Colombia, teniendo en cuenta la fecha de vencimiento de cada una de las obligaciones, hasta el momento en el que sean pagadas por la entidad convocada.

CUARTA: Condénese a la sociedad **FIDUCARIA FES S.A. “FIDUFES”** a pagar a la sociedad **AYACAR S.A.**, el valor de los gastos y costos que demande el trámite del Proceso Arbitral, incluyendo las agencias en derecho”.

CAPITULO III

LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

1.- A LOS HECHOS DE LA DEMANDA-

El apoderado de la sociedad convocada **FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES S.A."**, contestó la demanda así:

Al 1 Se aceptó la firma del "Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago, estipulado entre "Fiduciaria Fes S.A" e "Inversiones Químicas Ltda."

Fecha: Octubre cinco (5) de 1999.

De esa manera nació legalmente el Patrimonio Autónomo, discutido luego.

Al 2 Hace referencia al intento de transcripción de la cláusula primera del contrato de fiducia, a la cual dice que se atiene, la que define concepto básicos tales como la obligación de la Fiduciaria de administrar exclusivamente los bienes que conforman el patrimonio autónomo, separado del patrimonio propio de la Fiduciaria.

Al 3 Se acató este hecho, con algunas aclaraciones.

Al 4 Se acepta parcialmente este hecho y se atiene al tenor exacto de la cláusula pertinente , efectuando además una serie de precisiones al respecto.

Al 5 Se atiene al tenor exacto de la cláusula cuarta del contrato, con las aclaraciones realizadas en hechos precedentes.

Al 6 Se atiene al tenor exacto de la cláusula quinta del contrato, precisando algunos conceptos, planteando interrogantes, haciendo algunas observaciones respecto a la responsabilidad de la fiduciaria y de los acreedores del patrimonio autónomo.

Al 7 Se critica la omisión parcial del contenido de algunas de las cláusulas aducidas al incoar la demanda, insistiendo de nuevo en que se atiene al tenor exacto de la cláusulas del contrato, haciendo énfasis en que el contrato quedo modificado por novación, en que la Fiduciaria cumplió con prudencia las obligaciones a su cargo y en que desde el punto de vista de su constitución el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la Fiduciaria son de medio y no de resultado.

Al 8 Se acepta que en las cláusulas octava y novena del contrato de Fiducia se establecieron obligaciones y derechos del Fideicomitente y de los beneficiarios , analizando el alcance de cada una de ellas.

Al 9 Se atiene al contenido de la cláusula Décima del contrato celebrado entre las partes interesadas, conceptuando en especial sobre la junta del fideicomiso , sus obligaciones y las obligaciones de los beneficiarios y del fideicomitente frente a este órgano.

Al 10 Este hecho hace precisiones sobre la auditoria que le correspondía a la junta del fideicomiso, y en general se vuelve a remitir al tenor exacto de la cláusula décima del contrato.

Al 11 No es aceptado, haciendo alusión a que no fue posible operar de conformidad con lo indicado en el contrato de Fiducia..

Al 12 Se somete al contenido de la estipulación Décima-Tercera del acuerdo firmado entre los contratantes especificados.

Al 13 Acepta este hecho.

Al 14 No se rechaza este hecho, pero plantea otras interpretaciones sobre el contrato determinado.

Al 15 Se atiene de la estipulación de la cláusula primera del convenio aducido y solicita tener en cuenta la novación.

Al 16 Se atiene al tenor exacto de la cláusula segunda del contrato de maquila, resaltándose la modificación por novación.

- Al 17 Se somete al contenido de la cláusula Cuarta del Contrato, concediéndose las debidas explicaciones.
- Al 18 Hace algunas aclaraciones, diciendo que se intentó transcribir la cláusula Quinta del Contrato de Maquila pactado, pidiendo por tanto, su exacta aplicación.
- Al 19 Expresa no haberse formulado un hecho. Resalta la omisión a la cláusula sexta del contrato de maquila y hace precisiones sobre su importancia.
- Al 20 Niega este hecho en su presentación, exponiendo aclaraciones y justificaciones.
- Al 21 Manifiesta estar contestando una afirmación definida no un hecho.
- Al 22 Se insiste en concepto(s), no en hecho(s).
- Al 23 Se rechaza la forma de presentación de este hecho, criticando el término "Desfalco".
- Al 24 Niega este hecho.
- Al 25 Niega este hecho como también lo planteando en sus catorce subnumerales. Complementa la respuesta con argumentos aclaratorios y defensivos.
- Al 26 Niega este hecho, aduciendo que no se puede trasladar a la fiduciaria, obligaciones que son propias del patrimonio autónomo y protesta por la vinculación de la Fiduciaria al proceso.

2.- A LAS PRETENSIONES.

El apoderado de la parte convocada **FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES S.A."**, a las pretensiones de la demanda se refirió así:

"Me opongo expresamente a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues las mismas carecen por completo de fundamentos de hecho y de derecho, por los motivos que se dejarán consignados en este escrito, por lo cual se impone a cargo de la parte demandante el pago de las costas del proceso y de las agencias en derecho".

3.- EXCEPCIONES.

La parte demandada no propuso excepciones de fondo.

CAPITULO IV

LAS PRUEBAS DECRETADAS

Mediante auto número 7, de 17 de septiembre de 2003, proferido en la audiencia de la misma fecha, el Tribunal decretó la práctica de la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes y las de oficio que estimó pertinentes.

1.- PRUEBAS DE LA PARTE CONVOCANTE.-

1.1. DOCUMENTALES.-

Se decretaron y fueron objeto de valoración: El Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago, celebrado entre **FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES S.A.** e **INVERSIONES QUIMICAS LTDA.**, que originó el fideicomiso número "**FA -097 INVERSIONES QUIMICAS**", el contrato de

maquila suscrito el día 19 de octubre de 1999 celebrado entre **INVERSIONES QUIMICAS LTDA.** y la **FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES S.A."**, en calidad de administradora del patrimonio autónomo **FA-097 INVERSIONES QUIMICAS** y copia de la constancia de no conciliación en audiencia celebrada el día 18 de junio de 2002, entre **FIDUFES S.A.** y **AYACAR S.A.**. Estos documentos obran en el expediente, en su orden, folio número 0018 a 0024, cuaderno número 1, folio número 0011 a 0017, cuaderno número 1 y folio número 0007 a 0010 del cuaderno número 1.

1.2. DOCUMENTALES SOLICITADAS.-

Por secretaría se ordenó oficiar a la **FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES S.A."**, para que remitiera balances generales del fideicomiso **FA-097 INVERSIONES QUIMICAS**, por los años de 1999, 2000, 2001, 2002 y lo transcurrido del año 2003. Estos documentos obran a folios 003 a 0013 del cuaderno número 4.

1.3 INTERROGATORIO DE PARTE.-

Se decretó y practicó Interrogatorio de Parte al representante legal de la **FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES S.A.**, doctor **GABRIEL SUAREZ LOPEZ**. El texto de este interrogatorio obra a folios 1202 a 1232 del cuaderno número 4-2.

1.4 EXHIBICION DE DOCUMENTOS.-

Se decretó y realizó en las instalaciones de la Fiduciaria Fes S.A "FIDUFES S.A". el día 16 de octubre de 2003, a partir de las 8:30 a.m. la diligencia de exhibición de documentos , sobre la totalidad de los libros, registros contables, balances, estados financieros e inventarios relativos y correspondientes al fideicomiso **FA-097 INVERSIONES QUIMICAS**, correspondencia, circularizaciones de cartera del contrato de fiducia. Los documentos anexados en la diligencia y los posteriormente remitidos por la **FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES S.A."**, obran en lo folios 014 a 521, del cuaderno número 4.

2.- PRUEBAS DE LA PARTE CONVOCADA.-

2.1 DOCUMENTALES.-

Se decretaron y fueron objeto de valoración:

La correspondencia y los informes varios relacionados con las operaciones financieras, y las actas del fideicomiso relacionados de los numerales 4.1.1 al 4.1.108, del escrito de contestación de la demanda. Todos estos documentos obran en los folios números 046 a 327 del cuaderno número 2.

2.2. TESTIMONIALES.-

Se decretó la recepción de los testimonios de: **DIEGO ALFONSO CABALLERO L.**, **CARLOS ALBERTO GUTIERREZ LLANOS**, **RODOLFO MONEDERO LOZANO**, **MARTHA ARANA**, **FABIAN BULLA**, **HECTOR ARANA**, **ALIRIO SEPULVEDA CARDONA**, **LEONARDO AFANADOR** y **TULIO ECHEVERRI ROIZ**, de los cuales solo se practicaron las de : **CARLOS ALBERTO GUTIERREZ LLANOS**, **MARTHA CECILIA ARANA**, **HECTOR JAVIER ARANA Y TULIO ECHEVERRI ROIZ**. Del resto de declaraciones el apoderado de la parte convocada desistió de su práctica en audiencias celebradas el 14 de octubre de 2003, de lo cual quedó constancia en auto

número 10 de la misma fecha y el 11 de noviembre de 2003, de lo cual quedó constancia en auto número 15 de la misma fecha.

El texto de la declaración del señor **CARLOS ALBERTO GUTIERREZ LLANOS**, obra a folios 1297 a 1358 del cuaderno número 4-2.

El texto de la declaración de la señora **MARTHA CECILIA ARANA**, obra a folios números 1265 a 1284 del cuaderno número 4-2.

El texto de la declaración del testimonio de señor **HECTOR JAVIER ARANA**, obra a folios números 1235 a 1264, del cuaderno número 4-2.

El texto de la declaración del testimonio del señor **TULIO ECHEVERRI ROIZ**, obra a folios números 1286 a 1295, del cuaderno número 4-2.

3.- PRUEBAS DE OFICIO.

3.1 El Tribunal en la primera audiencia de trámite, llevada a cabo el 17 de septiembre de 2003, ordenó:

- a) Oficiar a la **SUPERINTENDENCIA BANCARIA**, con el fin de que remitiera certificación sobre las tasas de interés que han regido en Colombia desde octubre de 1999 hasta la fecha de su expedición. Al oficio librado se dio respuesta en certificación que obra en el folio 004 a 005 del cuaderno número 5.
- b) Oficiar a la **FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES S.A.**, para que remitiera certificación de la condición de acreedora de la sociedad **AYACAR S.A.**, del fideicomiso FA-097 **INVERSIONES QUIMICAS**. Al oficio librado le dio respuesta en certificación que obra en el folio 002 del cuaderno número 5.

3.2. El Tribunal en audiencia llevada a cabo el 17 de diciembre de 2003, ordenó la práctica de las siguientes pruebas:

a) **PRUEBA PERICIAL.**

Con la intervención de un perito contador para que éste dictamine sobre lo siguiente:

Si se han llevado en forma legal los libros y papeles de comercio del fideicomiso **FA-097 INVERSIONES QUIMICAS**, relacionados con las operaciones mercantiles efectuadas por **AYACAR S.A.**; e igualmente para que dictamine sobre las fechas de los desembolsos de los dineros aportados por **AYACAR S.A.**, y en general de cualquier operación de contenido crediticio entre **AYACAR S.A. e INVERSIONES QUIMICAS LTDA.**, a dicho fideicomiso así como sobre las fechas de vencimientos de los desembolsos. Esta prueba fue realizada por la perito **MIRYAM ARCILA DE CASAS**, y obra a folios números 006 a 024 del cuaderno número 5. Este dictamen no fue materia de objeción.

b) **PRUEBA TESTIMONIAL.-**

Se decretó citar al representante legal o a quien haga sus veces, de la sociedad **INVERSIONES QUIMICAS LTDA.**

3.3. En audiencia llevada a cabo el día 12 de febrero de 2004, se decretó la recepción del testimonio de la testigo **ELIZABETH MELO CARDONA**, en razón a que se desempeñó como liquidadora de la mencionada sociedad y al señor **GERMAN RINCON HERRERA**, como liquidador inscrito en la Cámara de Comercio Cali de **INVERSIONES QUIMICAS LTDA.** (en liq. Obligatoria). Estas pruebas fueron llevadas a cabo. El texto de la declaración de estos testimonios

obran a folios números 029 a 035 y 025 a 028 del cuaderno número 5, respectivamente.

El Tribunal deja constancia que la prueba documental en su conjunto no fue tachada ni redarguida de falsa y en relación con el interrogatorio absuelto y las declaraciones recibidas, todas fueron responsivas, excepto la declaración recibida del actual liquidador de la sociedad **INVERSIONES QUIMICAS LTDA.**, señor **GERMAN RINCON HERRERA.**

CAPITULO V

LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES

1.- DE LA PARTE CONVOCANTE.-

En cuanto a normas aplicables hace referencia a las de carácter sustantivo del Código de Comercio y del Código Civil, enfatizando en que el Contrato de Fiducia Mercantil se gobierna por las normas del Código de Comercio, pero, en materia de responsabilidad hace remisión al Código Civil. Igualmente hace referencia a principios generales de los contratos contenidos en el Código de Comercio y para efecto de las obligaciones se apoya en el artículo 1604 del Código Civil en armonía con el artículo 63 ibídem. En general se fundamenta relacionando uno a uno el articulado que tiene que ver con la indemnización de perjuicios, daño emergente y lucro cesante.

-En cuanto a la interpretación de los contratos, relaciona artículos del Código Civil que tienen que ver con esta materia.

-En cuanto al contrato de fiducia mercantil y las normas aplicables trae a colación la definición que sobre el particular hace el artículo 1226 del Código de Comercio.

-Destaca lo referente a los deberes indelegables del fiduciario y su responsabilidad en el cumplimiento de su gestión, como también los derechos del beneficiario.

-Cita los deberes indelegables del fiduciario y al efecto transcribe parcialmente el artículo 1243 del Código de Comercio.

-Señala además el artículo 1235 del Código de Comercio en su inciso 1º. para expresar que permite al beneficiario, exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones **y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de estos.** (resalta quien alega).

-Hace remisión al artículo 1243 del Código de Comercio, para indicar que dicho precepto establece que en cumplimiento de su gestión **el fiduciario responderá hasta de la culpa leve.** (resalta quien alega).

-En cuanto a las obligaciones toma como marco legal el Código Civil, en su Libro IV, Título XII, artículos 1602 a 1617, que regula lo referente a las obligaciones, señalando o afirmando que el contrato es ley para las partes, y exige la ejecución contractual de buena fe, determina la responsabilidad del

deudor teniendo en cuenta la trilogía de las culpas del artículo 63 ibídem, exponiendo que regula también los conceptos de daño emergente, lucro cesante, perjuicios por mora en obligaciones dinerarias.

-Con respecto a la culpa cita doctrinantes tales como **GENY**, hermanos **MAZEAUD**, **VALENCIA ZEA**, **POTHIER**, afirmando que la trilogía de éste último doctrinante es recogida por nuestra legislación en el artículo 1604 del Código Civil.

-Transcribe el artículo 1604 del Código Civil, destacando lo expresado en su inciso tercero, afirmando ser este precepto legal la herramienta legal para dirimir la presente controversia.

-Expresa que en cuanto a la **FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES S.A.** y el Fideicomiso **FA-097 INVERSIONES QUIMICAS**, las pruebas allegadas al expediente tanto por la convocada como por la convocante llevan a concluir que Fiduciaria Fes S.A. FIDUFES, no actúo con aquella diligencia y cuidado con que los hombres actúan en sus propios negocios y, por el contrario, actúo con desidia, impericia y mala fe en el desarrollo del contrato de fiducia mercantil.

-Agrega que en el expediente sobra la prueba de la actuación dolosa de Inversiones Químicas Ltda. pero que sobra también la prueba que la Fiduciaria Fes, supo con antelación de más de un año de la existencia de delitos, y no los denunció ante la autoridad competente y lo que es más grave aún, no se los comunicó a los **BENEFICIARIOS** y permitió inclusive la vinculación de inversionistas cuando los actos dolosos ya se habían presentado.

-Hace un análisis de los numerales del hecho vigésimo séptimo de la demanda acudiendo a las pruebas para acreditar su ocurrencia. Al respecto observa el Tribunal que al tratar de confrontar la citada cláusula con las de la demanda, en ella solamente relaciona 26 hechos, luego, dicha cláusula es inexistente.

- En cuanto a la culpa de su mandante **AYACAR S.A.**, afirma que no puede aceptarse la tesis de culpa compartida por cuanto el mutuo realizado por **AYACAR S.A.** fue con el patrimonio autónomo **FA-097** y con ese dinero, la Fiduciaria Fes Fidufes, debió comprar materias primas para entregársela al fideicomitente y no lo hizo y además permitió que el dinero producto de las ventas de producto terminado fuera a parar a manos del maquilador y no del patrimonio autónomo que administraba.

-En cuanto a la falta de ventas del patrimonio autónomo **FA-097 INVERSIONES QUIMICAS** que Fiduciaria Fes detectó, según lo expresado por **Héctor Arana** que la razón de la quiebra del patrimonio autónomo FA-097 Inversiones Químicas, se debió a la falta de ventas que permitiera financiar su operación. Según lo expresó el testigo afirma el alegante, la Fiduciaria lo sabía desde un principio.

-En cuanto al pago de las obligaciones con facturas vencidas afirma que la **FIDUCIARIA FES S-A-FIDUFES** pretendió pagar a los **BENEFICIARIOS**, sus acreencias, con el endoso de facturas a cargo del patrimonio autónomo y libradas por **INVERSIONES QUIMICAS LTDA.**

-Para concluir arguye que el cumplimiento defectuoso de la **Fiduciaria Fes S.A.** a sus obligaciones contractuales, es determinante y que con su actuar mediocre

permitió que **Inversiones Químicas Ltda.**, Fideicomitente dentro del Contrato de Fiducia Mercantil que originó el patrimonio autónomo **Fa-097 Inversiones Químicas**, lo desfalcara. Que la Fiduciaria perdió el control del proceso productivo, al trasladarle la facultad de comprar la materia prima al fideicomitente, contrariando los contratos de fiducia y maquila y el manual de operaciones del fideicomiso **FA-097 Inversiones Químicas**, que prohibían tal conducta. Además permitió cobrar al fideicomitente los dineros provenientes de las ventas del producto terminado a los compradores, sin la supervisión requerida. Igualmente afirma que la **Fiduciaria Fes**, a sabiendas de la primera apropiación de materias primas evidenciada en diciembre del año 1999, continuó aceptando la celebración de operaciones financieras, que terminaron con el empobrecimiento de los inversionistas y el enriquecimiento a costa de estos, de los accionistas del Fideicomitente.

-Reitera se le dé aplicación al artículo 1604 del Código Civil.

2.- DE LA PARTE CONVOCADA.-

-A su turno el apoderado de la parte convocada solicita en su alegato que se desestimen las pretensiones de la demanda por considerar que su mandante **FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES S.A.**, no incumplió sus obligaciones legales y contractuales en la celebración y ejecución del fideicomiso **FA-097 INVERSIONES QUIMICAS**.

- En cuanto a los hechos de la demanda los sintetiza y en general afirma que estos están planteados en el marco de una acción de responsabilidad civil contractual y dan la apariencia de señalar como sujeto pasivo a la sociedad **Fiduciaria Fes S.A "Fidufes"** .

- Continúa afirmando que existen cinco declaraciones dentro de los hechos de la demanda, que lejos de ser apariencia de determinación de sindicación de sujeto pasivo de la acción, constituyen una precisa identificación del mismo, y por ende, son la base de la estructura procesal cuando, sin equívocos, cita a la **Fiduciaria Fes S.A. Fidufes**, en su condición de Administradora del Patrimonio Autónomo **FA-097 Inversiones Químicas** como la parte convocada.

-Afirma que la convocatoria está dirigida en contra de la **Fiduciaria Fes S.A. Fidufes**, exclusivamente en el carácter de administradora del patrimonio autónomo, lo cual descarta la posibilidad de que por parte del Tribunal se le dé un entendimiento distinto, entre otras cosas, porque tratándose de una acción de responsabilidad civil contractual, las censuras de incumplimiento solamente pueden ser discutidas entre quienes se encuentren vinculados por la respectiva relación contractual, de la cual, en este caso es parte la sociedad **AYACAR S.A.** pero respecto del Fideicomiso, dado que este constituye un patrimonio autónomo que desde el punto de vista procesal no puede ser reemplazado por el fiduciario mismo.

-En cuanto a las pretensiones de la demanda manifiesta que las súplicas deprecadas consisten en declaraciones y condenas en contra de la **Fiduciaria Fes S.A. Fidufes**, en lo que guardan armonía con las facultades del poder, pero que una sana y lógica interpretación de la demanda debería llevar a la conclusión según la cual las reclamaciones de la parte convocante se estarían planteando frente al patrimonio autónomo considerado como una universalidad jurídica, conformado por un conjunto de derechos y obligaciones apreciables en

dinero, que procesalmente hablando es el sujeto pasivo de las acciones de responsabilidad civil contractual como la presente, a través del respectivo fiduciario, quien por disposición del artículo 1127 del Código de Comercio tiene a salvo su propio patrimonio, como que este no es prenda de garantía de las obligaciones que hubiese podido contraer el fideicomiso en cumplimiento de su finalidad, como tampoco el beneficiario de sus aprovechamientos o de los posibles excedente o utilidades del mismo.

-Continúa su alegato expresando que de interpretar el Tribunal que a la luz de la demanda la persona llamada como parte demandada es la Fiduciaria Fes S.A Fidufes como entidad de servicios financieros, en consideración a su patrimonio propio y no como vocera del patrimonio autónomo, de entrada el laudo debe negar las pretensiones por estar ausente el presupuesto sustancial de la legitimación en causa, con tanta mayor razón si igualmente tiene en cuenta que para el ejercicio de la acción la firma **Ayacar S.A.** entregó facultades a su abogado para hacerlo convocando como demandado a la **Fiduciaria Fes S.A-Fidufes.**

-En cuanto a la causa petendi y petitum, a la luz del presupuesto procesal de la legitimación en la causa, señala que hay sustitución voluntaria cuando una persona afecta el patrimonio de otra con el consentimiento de esta, mediante un negocio jurídico que la primera celebra generalmente con un tercero, ya sea que lo haga a nombre suyo o a nombre del sustituido, pero siempre por cuenta del último.

-Expresa que se pueden formar relaciones jurídicas en dos ámbitos distintos. La primera, se establece entre el fiduciante y el fiduciario dentro del esquema de la figura jurídica de la sustitución voluntaria, gobernada por la autonomía privada y constitutiva de la fuente primaria de la regulación de intereses individuales. La segunda, cuya finalidad estará determinada por el fin perseguido con la sustitución voluntaria, constituye un negocio derivado, enlaza acuerdos de voluntades, pero ya entre el patrimonio autónomo derivado del contrato de fiducia y el tercero.

-Sostiene que en Colombia el patrimonio autónomo constituye un elemento de personificación jurídica separada por razón de las disposiciones contenidas en los artículos 1127 y 1233 del Código de Comercio.

-Hace referencia a las posiciones de diferentes doctrinantes y tratadistas tales como **HERNANDO MORALES MOLINA, ENRICO REDENTI**, cita algunas sentencias de la Sala del Contencioso Administrativo, pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades y de otros tratadistas.

-Concluye este aparte manifestando que por falta de legitimación en la causa se impone la negación de las pretensiones de la demanda.

-En cuanto al alcance del debate y restricciones arbitrales indica que como causa petendi se formulan cargos de censura respecto de un contrato que, si bien tuvo lugar como consecuencia de la celebración de un contrato de fiducia, tiene carácter independiente y efectos relativos entre quienes fueron las partes contratantes, esto es, el patrimonio autónomo (administrado por la Fiduciaria Fes S.A Fidufes) y la firma Inversiones Químicas Ltda., lo que fundamenta en el artículo 1602 del Código Civil, cuyo significado hace evidente que sólo entre los contratantes puede tener lugar la discusión de las acciones de cumplimiento

o reparación patrimonial. Sostiene que la sociedad **Ayacar S.A.** en relación con el contrato de maquila y comercialización era sólo un tercero.

-Trae a colación apartes de la sentencia de la Corte Constitucional, cita y transcribe el artículo 115 del Código de Comercio, define el arbitraje ordinario, alegando para concluir que las causas de las violaciones esgrimidas sin fundamento con apoyo en el contrato de maquila y comercialización, del cual **Ayacar S.A.**, es tercero, mal podrían constituirse en fuente de las pretensiones de la demanda aunque estas no las ataquen expresamente.

-Dice que sólo por razones de orden procesal el Tribunal puede pronunciarse sobre el referido contrato de fiducia en el marco del debate de la demanda y su contestación, pero no está facultado para hacer lo propio respecto del contrato de maquila y comercialización porque las súplicas no versan sobre el mismo.

-Acerca del Fideicomitente: En relación con sus calidades, su actividad mercantil, y estructura de sus negocios dice que está probado en el proceso que la sociedad **Inversiones Químicas Ltda.**, tenía por objeto desde su constitución la compra, transformación y venta de productos químicos en general, adquiriendo de este modo la experiencia que le permitía conocer el negocio y las reales posibilidades del mismo, dentro de una actividad empresarial de riesgo indiscutible.

-Señala que es usual que por razones de diversa índole surja la necesidad de adquirir créditos de financiación, elemento este que llevó a la sociedad **Inversiones Químicas Ltda.**, a la constitución de un patrimonio autónomo del fideicomiso **FA-097**, como lo establece la consideración tercera del respectivo contrato de fiducia, la cual transcribe.

-Sostiene que a la constitución del fideicomiso se llegó como mecanismo que contribuyera decididamente a la recuperación empresarial del fideicomitente, lo cual estaba estrechamente relacionado con el trámite de ley 550 que pocos meses después emprendió.

-Aduce que el negocio fiduciario no comprendió el establecimiento, diseño, puesta en marcha, debida ejecución y resultados de la actividad empresarial aludida. A su celebración, todo esto existía y estaba concebido como tal por el fideicomitente quien conservó y continuó con las responsabilidades propias de ese desarrollo social, con la diferencia de que a través del fideicomiso dotaba a la fiduciaria de unas facultades de readministración del patrimonio autónomo para tomar del mismo los recursos que correspondieran para la atención de las acreencias a favor de los beneficiarios.

-En relación con los deberes y responsabilidades del fideicomitente en los términos del contrato de fiducia señala que el proceso consustancial de la explotación comercial propia de la sociedad **Inversiones Químicas Ltda.** incluido el alea de sus resultados financieros, tanto que respecto de la segunda entidad se limita a darle funciones exclusivas de administración del patrimonio autónomo como administradora suya, con los bienes que lleguen a conformarlo.

- Presenta las obligaciones y responsabilidades que del contrato de fiducia le surgieron a la sociedad **Inversiones Químicas Ltda.**, que no son distintas a las que antes ejecutaba por su cuenta.

-Manifiesta ser evidente que el fideicomitente no se desprendió de las actividades que con anterioridad y de siempre constituían la explotación de su objeto social y que en consecuencia no operó lo que el tratadista **Gabriel Escobar Sanín** denomina negocio de sustitución, por efecto de la celebración del contrato de fiducia.

-Alega que reservarse estas atribuciones para el fideicomitente es válido, porque son el resultado de la libre voluntad del contratante en materia de regulación de intereses de orden privado y porque tal posibilidad es autorizada expresamente con relación al contrato de fiducia por parte del artículo 1236 del Código de Comercio. Cita tratadistas como **Sergio Rodríguez Azuero** y **Ramiro Rengifo** y transcribe como fundamento el artículo 1236 del Código de Comercio.

-Concluye en que el ejercicio de los derechos que el fideicomitente no traslade o sustituya, implicarán a su cargo obligaciones correlativas, que sólo comprometerán su responsabilidad, de incurrir en incumplimientos que causen daños a las partes del contrato de fiducia.

-**En cuanto al patrimonio autónomo** señala que de conformidad con el artículo 1126 del Código de Comercio, en virtud del contrato de fiducia mercantil el fideicomitente transfiere bienes de su propiedad al fiduciario con una finalidad específica, dando nacimiento a un patrimonio autónomo.

-Transcribe la cláusula primera del contrato de fiducia y la cláusula cuarta del mismo contrato.

-Afirma que constituían la garantía y fuente de pago de las obligaciones adquiridas por el fideicomitente y/o el fideicomiso a favor de los beneficiarios, los dineros producto de las ventas cancelados efectivamente al fideicomiso.

-Que entre tanto, mientras los deudores no pagaran, los recursos no ingresaban al patrimonio autónomo, y las responsabilidades de la fiduciaria se concretaban específicamente en la custodia y conservación de las facturas representativas de esa cartera, documentos que en sí mismo incorporan derechos de crédito.

-Que las sociedades **Inversiones Químicas Ltda.** y **Ayacar S.A.**, sometieron sus negociaciones a características bastante especiales, en el sentido según el cual habían sustraído del patrimonio autónomo las facturas cambiarias de compraventa de producto terminado por virtud de su endoso en propiedad a la parte acreedora, como mecanismo para que la última las tomara al producirse eventuales incumplimientos en los pagos.

-Que adquirió entonces la parte convocante la calidad de beneficiaria de las facturas cambiarias estando provista de derechos cambiarios autónomos e independientes, a salvo de reclamaciones y excepciones de los deudores cambiarios que hubiesen incurrido en malos pagos, por realizarlos a persona distinta del único y verdadero acreedor.

-**Del Beneficiario.** En cuanto a las precisiones del contrato. Señala que, producto de su propia decisión **Inverquímicas Ltda.**, estableció relaciones de negocios con la firma **Ayacar S.A.**, representada por la mesa de dinero **P. & G. Asociados**, dada la vinculación que de tiempo atrás las había unido.

-En cuanto a las operaciones financieras sostiene que entre el fideicomitente y la sociedad **Ayacar S.A.**, se celebraron operaciones financieras, por virtud de las cuales la primera con cargo al patrimonio autónomo adquirió la obligación de cancelar a favor de la segunda unas sumas de dinero y que de acuerdo con los registros contables de su representada se tiene que entre el fideicomitente y la sociedad **Ayacar S.A.**, se acordaron cuatro operaciones financieras, de las cuales sólo dos implicaron desembolsos de recursos efectivos, que tuvieron lugar el 3 de noviembre de 2000 y el 14 de mayo de 2001 y que esas negociaciones, sus prórrogas, refinanciaciones y pagos a terceros, sucedieron en vigencia del proceso de reestructuración empresarial, ley 550 de 1999, de la compañía **Inversiones Químicas Ltda.**, ya que dicho trámite se inició en el mes de febrero de 2000.

-Transcribe apartes de la declaración del señor **Héctor Javier Arana García** para afirmar que todo el proceso está suficientemente documentado en el expediente, tanto con los anexos y respuesta a la demanda como también el desarrollo de la diligencia de exhibición de documentos.

-Cita resúmenes de comunicaciones contentivas de instrucciones por parte de Inversiones Químicas a la Fiduciaria y menciona igualmente en tales comunicaciones que las operaciones financieras se celebraron con la intermediación de una mesa de dinero llamada **P & G Asociados**. Menciona apartes de algunas de las comunicaciones cruzadas entre la mesa de dinero y el fideicomiso.

-En cuanto a la renuncia del fideicomitente y la convocante Ayacar S.A., a acciones y reclamaciones contra la fiduciaria y el patrimonio personal de ésta, sostiene que ha quedado explicado que por la figura de la sustitución voluntaria que implicó la constitución del fideicomiso en relación con la administración del patrimonio autónomo por parte de la sociedad **Fiduciaria Fes S.A.**, no se le delegaron de manera exclusiva las gestiones relacionadas con la gestión del crédito externo, que en este caso ejerció a prevención y en forma plena el fideicomitente, llevando a cabo todo el proceso de acercamiento, negociación y contratación con la firma **Ayacar S.A.**, en lo que respecta a las operaciones financieras antes relatadas.

-Expresa que la sociedad **Inversiones Químicas Ltda.**, contrató a cargo del patrimonio autónomo con la total aceptación y conformidad por parte de la firma **Ayacar S.A.**, lo que de suyo implica que en su condición de acreedora esta última conoció las reglas, pautas y condiciones señaladas por dicho fideicomitente, siendo una de ellas la completa exoneración de responsabilidad expresada respecto de **Fiduciaria Fes S.A.**

-Sostiene que se produce así un acuerdo de voluntades con fuerza obligatoria como surge del artículo 1602 del Código Civil. Pacto que es válido y admisible de conformidad con el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil aplicable en vía de remisión por disposición del artículo 822 del Código de Comercio

-Cita a **Ocaris Usuga Varela**, tratadista que expone que en el artículo 16 del Código Civil que consagra el principio de la libertad de estructuración en el contenido de los contratos se entiende fácilmente el poder normativo que tienen las partes para derogar el derecho positivo o crear sus propias normas privadas en sus relaciones contractuales.

-**En cuanto a la culpa e irresponsabilidad de la sociedad Ayacar S.A. y exposición voluntaria de los riesgos**, manifiesta que a la luz de todos los elementos probatorios existentes y no desvirtuados dentro del proceso se establece que las instrucciones del fideicomitente para el registro de la sociedad **Ayacar S.A.** como endosataria de facturas cambiarias de compraventa, tuvieron lugar en momentos en que **Inversiones Químicas** se encontraba en trámite de reestructuración empresarial y sin la intervención de la Fiduciaria en los hipotéticos acuerdos de las negociaciones, desconocidas aún hoy en día por la Fiduciaria.

-Solicita tener en cuenta que la convocante hace parte del mercado de crédito por expresa disposición de sus estatutos sociales expresados en el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Cali.

-Sostiene que la empresa **Ayacar S.A.**, fue negligente y altamente descuidada, pues el contrato de fiducia era claro al señalar al fideicomitente como responsable y último deudor de las acreencias a cargo del patrimonio autónomo y si el endoso de las facturas lo fue con responsabilidad del mismo fideicomitente, la convocante estaba obligada a constituirse en parte dentro del proceso de reestructuración empresarial, así su solicitud resultara extemporánea, al menos como instrumento de diligencia, considerando que no es propio de un acreedor medianamente avisado dejar pasar oportunidades procesales que en principio le pueden brindar la posibilidad de recuperar o hacer líquidos los activos que les pertenezcan.

-Agrega que estas consideraciones tienen igualmente entidad suficiente para que el Tribunal deniegue las equivocadas súplicas de la demanda.

-**En cuanto a la Fiduciaria y el carácter en que actúa** señala que la **Fiduciaria Fes S.A.** concurre a la celebración de contratos de fiducia para adquirir la condición de administradora del patrimonio autónomo resultante de ellos, ya que no se obliga personalmente, ni por intermedio de estos actos compromete su propio patrimonio y que mal hace la demanda en incurrir en la confusión si se entiende que persigue de la **Fiduciaria Fes S.A.** el pago con recursos de su propio patrimonio de obligaciones de crédito que el propio convocante disfraza con el ropaje de una acción de responsabilidad civil contractual, a la luz de la cual es aún más evidente que dicha Fiduciaria no es llamada a responder como sujeto pasivo, citada entonces indebidamente al proceso.

-**En cuanto a los deberes de la fiduciaria** manifiesta que el contrato de fiducia de autos implica una sustitución voluntaria y parcial de las actividades que **Inversiones Químicas Ltda.** , venía desarrollando desde antes, en cumplimiento de su objeto social, pues se constituyó como el instrumento a través del cual se le trasladaron a la **Fiduciaria Fes S.A.** bienes para la conformación de un patrimonio autónomo afecto al cumplimiento de una finalidad, cuya administración quedó radicada en esta fiduciaria, en relación específica con el manejo de los recursos que ingresaran, a fin de destinar una parte de los mismos a la atención de los pasivos del fideicomiso en el orden de pago y prelación establecida expresamente en la cláusula décima segunda.

-Expresa que es claro que tareas como la producción de los insumos químicos, la venta y comercialización de los productos químicos y el recaudo de la

cartera, no eran de competencia de **Fiduciaria Fes** ya que se las reservó el fideicomitente.

-En cuanto a la inexistencia de solidaridad, señala en su alegato que la sociedad **Fiduciaria Fes S.A.** no es deudora solidaria de las obligaciones a cargo del fideicomiso previas las consideraciones de la sustitución voluntaria por cuanto en razón al contrato de fiducia cada parte pasa a desempeñar un rol específico, en forma separada y con total independencia de las obligaciones y responsabilidades de las demás; de ahí que no se trate en este caso de negocios mercantiles con varios deudores, supuesto de hecho este a que se refiere el artículo 825 del Código de Comercio.

-En cuanto al análisis sobre su pretendida responsabilidad en función de bajas ventas sobrevinientes a la constitución del fideicomiso, dice que el móvil que indujo a la sociedad **Inversiones Químicas Ltda.** , a la constitución del patrimonio autónomo radicó en obtener capital de trabajo que le permitiera desarrollar su objeto social, consistente en la explotación del ramo de la producción y venta de insumos químicos, y que conservó esas actividades reservándose para su desarrollo el personal y la estructura empresarial que tenía; que por esas razones la sociedad **Inversiones Químicas Ltda.**, no efectuó sustitución voluntaria del proceso de transformación, producción, comercialización y transferencia del producto terminado.

-Trae apartes del testimonio rendido por **Héctor Javier Arana García** para indicar que sus declaraciones tienen alto poder probatorio por tratarse de un testimonio técnico, en el cual se afirma que la causa primera y fundamental de la situación de iliquidez del patrimonio autónomo lo constituye el hecho de la disminución del volumen de ventas del producto terminado.

-Se remite al testimonio de **Carlos Alberto Gutiérrez** en el sentido de que el éxito esperado para el patrimonio autónomo correspondía en primera instancia como en toda empresa a que las metas de venta se cumplieran y el no cumplirlas los llevó a no poder cumplir con sus compromisos adquiridos.

-En cuanto a la naturaleza de las obligaciones de la fiduciaria y la carga de la prueba, se refiere al estatuto orgánico del sistema del financiero, particularmente en sus artículos 3 y 29, como las normas aplicables y resalta la prohibición general acerca de la cual las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por estas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley. En consecuencia, con el artículo anterior se refiere al parágrafo de la cláusula sexta del contrato de fiducia, la cual, entre otros, señala que las obligaciones asumidas por la fiduciaria son de medio y no de resultado.

-Alega que no aplica la presunción de culpa contractual que trae el artículo 1604 del Código Civil, al consagrar a renglón seguido que dicho principio no se aplicará en casos excepcionales previstos especialmente por la Ley, como sucede con relación específica al contrato de fiducia. Según lo anterior la supuesta culpa de la fiduciaria debía ser probada dentro del proceso por la parte convocante.

-Pretendiendo invocar el artículo 177 del C. de Comercio equivocadamente cita el 172 de la misma obra, concatenándolo con el 1757 del Código Civil, para afirmar que la parte convocante incumplió con su deber de demostrar los

elementos antes indicados, afirmando que es motivo mas que suficiente para reiterar la solicitud insistente de despachar desfavorablemente sus pretensiones.

-En cuanto a las ventas, cobranzas y recaudo de cartera, manifiesta en su alegato que de estas actividades le correspondía su cumplimiento al fideicomitente, como también los riesgos asociados a ellas, esto es, el resultado de la explotación comercial de que se trata. Que la evolución de las ventas era factor determinante en los resultados del patrimonio autónomo y que si bien al nacimiento del contrato de fiducia se ubicaron en niveles adecuados más adelante mostraron una tendencia diferente que fue la causa determinante de la difícil situación económica que fue afectando el fideicomiso.

-Relaciona apartes de actas correspondientes a reuniones efectuadas para evaluar la marcha del fideicomiso.

-Señala que de acuerdo a la cláusula décima del contrato de fiducia la cual se refiere a las funciones de la junta del fideicomiso, destacando las de aprobar las políticas de cartera aplicadas por el fideicomitente para el recaudo del producto de las ventas de los bienes del fideicomiso. Afirma que tomando en conjunto todas estas estipulaciones es fácil deducir que la estructura del negocio fiduciario implicaba a cargo de la **sociedad Inversiones Químicas Ltda.**, la comercialización, el cobro y el recaudo de la cartera.

-Sostiene que nos es viable que se reclame mediante la demanda reparaciones de eventuales perjuicios en contra de la fiduciaria por el incumplimiento de obligaciones que dicho acto jurídico no radicó en cabeza suya.

-Manifiesta que los planteamientos de los que se pretende deducir responsabilidad no tienen relación de causa–efecto frente a los motivos que quiere edificar como violaciones contractuales.

-En cuanto a la materia prima, afirma haber quedado demostrado que **Inversiones Químicas Ltda.**, corrió con las tareas de compra de las mismas con su expresa aceptación, generándose un acuerdo en tal sentido modificadorio de las estipulaciones del contrato de fiducia. Al efecto hace alusión al testimonio de **Carlos Alberto Gutiérrez Llanos**.

-Trae además como referencia el artículo 1690 del Código Civil que establece la novación por cambio de objeto.

-En cuanto a la administración de los recursos, manifiesta que es verdad que cuando la gestión de la fiduciaria implique invertir recursos adecuadamente, debe observar diligencia y cuidado. Sostiene que es alegre el argumento de la demanda que afirma haber incumplido la Fiduciaria este deber por cuanto le correspondía al demandante la demostración de hechos configurativos de actos de irresponsabilidad.

-Establece que los recursos en la medida de su ingreso al fideicomiso fueron invertidos al fondo común ordinario y generaron rendimientos que contribuyeron a la atención de compromisos.

-En cuanto a la contabilidad, reitera que el convocante utilizó un sistema de formulación ciega de cargos, para sostener que la contabilidad del fideicomiso

no se encontraba llevada en debida forma y que esas afirmaciones temerarias resultaron ampliamente desvirtuadas con la prueba de exhibición de la contabilidad y el dictamen pericial practicado oficiosamente.

-En cuanto a los inventarios, manifiesta que la demanda hizo énfasis especial en este tema pensando que podía encontrar razones de censura respecto de la sociedad **Fiduciaria Fes S.A. Fidufes**, pero que esta fue especialmente cuidadosa en la realización y control de inventarios de materia prima, subproductos y productos terminados. Que la confección oportuna y adecuada de los inventarios se llevó a cabo por la fiduciaria en forma permanente con lujo de detalles, y fue el instrumento para detectar diferencias de orden contable que luego fueron objeto de ajustes.

-Sostiene que su argumento ha quedado demostrado con la prueba documental aportada con el escrito de contestación de la demanda y el testimonio del señor **Carlos Alberto Gutiérrez Llanos**.

-Manifiesta que nada hay probado en tal dirección, mejor aún, ningún elemento obra en el sentido de establecer que por la ausencia de inventarios se habían generado pérdidas para el fideicomiso por unos valores específicos.

-En cuanto a la Junta del Fideicomiso e Informes, afirma que hace mal el apoderado de la parte convocante al atribuirle responsabilidades a la fiduciaria por una supuesta omisión de integrar la junta del fideicomiso: Dice que con leer aún desprevenidamente la cláusula décima del contrato de fiducia se puede advertir que ni por asomo le asigna tal deber a la sociedad **Fiduciaria Fes**. Lo que en realidad consagra tal estipulación es que esa especie de órgano debía ser constituido por los beneficiarios del patrimonio autónomo, y que por esa razón **Fiduciaria Fes** asistiría sólo en calidad de invitada.

-Dice que el contrato de fiducia señalaba a los acreedores el deber de desplegar una conducta activa pero que su conducta fue pasiva y elusiva, y que fue suplida por la sociedad **Fiduciaria Fes S.A., Fidufes** por la vía de la celebración de reuniones del fideicomiso.

-Manifiesta que **Ayacar S.A.**, tenía instrumentos válidos y útiles de intervención para salvaguardar sus derechos y que no los aplicó ni ejerció dentro de la estructura de un órgano que se denomina junta del fideicomiso.

-Pide al Tribunal observar que se realizaron varias reuniones consignadas en actas, que son relacionadas, en las cuales se contó con la presencia de la **firma P & G Asociados** y en otras de la parte convocante lo que demuestra que eran informadas de su programación.

-Expone que nadie podrá afirmar que la parte convocante no estuvo permanente informada de la situación general del fideicomiso y acerca de sus dificultades financieras e irregularidades imputables exclusivamente a la sociedad **Inversiones Químicas Ltda.**, en todo lo cual estuvo plenamente de acuerdo la sociedad **Ayacar S.A.**, hasta el punto de sostener que ninguna atribución de responsabilidad efectúo respecto de la fiduciaria.

-En cuanto al desfalco y sellos, expone que la disminución del volumen de ventas se constituyó en el factor preponderante del fracaso financiero del fideicomiso. Sostiene que el recaudo y cobranza de la cartera de las ventas del

producto terminado correspondían a la sociedad **Inversiones Químicas Ltda.**, tareas que le implicaba el derecho de recibir los pagos. Por tal razón afirma que carece de toda importancia el cargo de la demanda referido a la existencia de lo que denomina “desfalco” y que sin fundamento atribuye a **Fiduciaria Fes.** Para demostrar su afirmación dice que basta remitirse al testimonio rendido por el señor **Carlos Alberto Gutiérrez Llanos.**

-En cuanto al concepto del perjuicio y sus elementos, trae las definiciones de **Arturo Alessandri** y dice que doctrinariamente se tiene sentado que el perjuicio debe ser directo, actual y cierto.

Cita también al profesor **Alberto Tamayo Lombana** y sostiene que para este impera la doctrina el principio de la no reparación del perjuicio indirecto.

-En cuanto a las tergiversaciones en que incurre la demanda, manifiesta en forma analítica que en algunos aspectos la demanda incurre en interpretaciones forzadas efectuadas por el convocante, con el fin de distraer la atención del tribunal sobre la realidad de las cosas.

En relación con dichas interpretaciones, entre otras, afirma:

Que el desfalco fue la causa de la falta de capacidad de pago del patrimonio autónomo; que el pago realizado por los deudores-compradores de producto terminado, a la sociedad **Inversiones Química Ltda.**, despojó al patrimonio de activos que permitiera la satisfacción del monto de las operaciones financieras; que pasó por alto mencionar que por disposición del contrato de fiducia solamente los frutos provenientes de las ventas, estaban afectos al pago de las acreencias; que la sociedad **Ayacar** nunca manifestó inconformidades con la fiduciaria en relación con estos aspectos o cualquiera otra materia del proceso; que es palmario que la demanda da una interpretación forzada o errónea al contrato de fiducia o a los hechos del proceso y que a conveniencia de **Ayacar** trastoca las obligaciones de las partes y concluye en responsabilidades inexistentes.

-Concluye su alegato el apoderado de la parte convocada argumentando que las afirmaciones de que la Fiduciaria es una entidad abandonada, displicente, alejada del contrato de fiducia, desordenada y falta de toda actividad no fueron demostradas en el proceso por el convocante.

-Que nos encontramos frente a un proceso arbitral que nunca debió comenzar, que la actividad probatoria desde el punto de vista del sujeto activo resultó prácticamente nula, que el interrogatorio no provocó confesión alguna de responsabilidad y la exhibición de documentos aportó elementos de juicio en sustento de la posición de la defensa.

-Afirma que nada hay en el proceso –prueba, dicho o aserto- que desvirtúe las declaraciones de los testigos **Carlos Alberto Gutiérrez, Héctor Javier Arana García y Tulio Echeverri Roíz. Indica que sus testimonios son responsivos, exactos y completos, que demuestran que respecto de las obligaciones de su competencia la fiduciaria actuó con diligencia y cuidado; que la disminución de las ventas se constituyó en la fuente del deterioro económico del patrimonio autónomo; que aunque esta situación no podía ser siquiera atribuída al fideicomitente por ser el resultado de circunstancias de mercado, si le imponían asumir las pérdidas y cubrirlas con recursos propios para la cancelación de los pasivos; que estas contingencias eran del conocimiento del convocante, las asumió y estuvo dispuesto a correr riesgos y por ello en el proceso de nacimiento y formación de las operaciones financieras que realizó con la**

sociedad **Inversiones Químicas Ltda.** , exoneró de responsabilidad a la **Fiduciaria Fes** y renunció a reclamaciones en su contra..

-Solicita al Tribunal acoger las excepciones formuladas en el escrito de contestación y denegar las pretensiones de la demanda, imponiendo a cargo del convocante condena al pago de las costas del proceso. Observa el Tribunal que no fueron formuladas excepciones.

CAPITULO VI

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- PRESUPUESTOS PROCESALES.-

Están determinados por la Jurisprudencia y la Doctrina como aquellos requisitos de índole estrictamente procesal, necesarios para la integración y la relación jurídico procedimental que va a producir la Sentencia.

Considera este Tribunal una vez estudiados los presupuestos procesales, que se ha dado cumplimiento a ellos, tanto la capacidad para ser parte, como la capacidad procesal, la competencia del Tribunal, la Demanda en forma y el trámite adecuado han sido tomados en cuenta para el desarrollo del Proceso.

2.- PRESUPUESTOS MATERIALES.-

La legitimación en la causa, el interés para obrar, la adecuada acumulación de pretensiones, la petición clara que haga posible la decisión de fondo del Juez, la ausencia de cosa juzgada, transacción, caducidad o desistimiento, la no existencia de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, son los presupuestos materiales que se han tenido en cuenta para este Tribunal entrar a resolver las pretensiones, encontrándose establecida la relación jurídico material.

3.- NATURALEZA Y CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL Y DE ADMINISTRACION Y FUENTE DE PAGO.

El contrato de **FIDUCIA MERCANTIL**, se encuentra regulado en los artículos 1126 a 1244 del Código de Comercio y en las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

El artículo 1226 del Código de Comercio define la Fiducia Mercantil indicando que “La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. ...”

El profesor **JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ**, en su obra “**LOS PRINCIPALES CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES**”, Tomo II, Cuarta Edición actualizada y ampliada Edición Librería del Profesional 1999, identifica las siguientes características del Contrato de Fiducia Mercantil:

Es un contrato bilateral, principal, nominado, oneroso, solemne y de tracto sucesivo.

Lo anterior en lo que hace referencia se remiite, a los aspectos y características generales del Contrato de Fiducia Mercantil.

A continuación nos referiremos al Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Fuente de Pago:

En esta clase de Fiducia, el Fiduciario se identifica como una institución técnicamente especializada, en virtud que se le encomienda a éste el manejo del patrimonio fideicomitado, del propio Fideicomitente o de un tercero, siendo evidente que para la buena administración del patrimonio, además de la prestancia y el celo de un buen padre de familia, se requiere una gran experiencia y excelentes conocimientos sobre la naturaleza del patrimonio afecto fiduciariamente.

Por Circular Externa número 007, de 19 de enero de 1996, de la Superintendencia Bancaria, se define el Fideicomiso de Administración como un negocio fiduciario de administración en el cual se entregan bienes a una institución fiduciaria, con o sin transferencia de la propiedad, para que los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente y destine los rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada.

4.-CONDICIONES ESPECIFICAS DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACION Y FUENTE DE PAGO, CONTENIDOS EN EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACION Y FUENTE DE PAGO FA-097-INVERSIONES QUÍMICAS.-

Planteados los conceptos generales sobre la Fiducia Mercantil en general y los de la Fiducia Mercantil de Administración y Fuente de Pago en especial, asa el Tribunal al análisis del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Fuente de Pago, recogido en documento privado, suscrito en Cali, el 5 de Octubre de 1999, en virtud del cual, la sociedad, "**INVERSIONES QUIMICAS LTDA.**", declaró que transfería inicialmente a favor de "**La FIDUCIARIA FES S.A.**"- "**FIDUFES S.A.**", a título de Fiducia Mercantil, recursos en efectivo, por un valor de quinientos mil pesos (\$500.000,00), para que con ellos se constituyera un Patrimonio Autónomo Independiente del patrimonio de "**LA FIDUCIARIA**" y de "**EL FIDEICOMITENTE**", en los términos del artículo 1126 y siguientes del Código de Comercio, que se denominó **FIDEICOMISO FA-097 INVERSIONES QUIMICAS**, con Nit. número 805.012.921-0, el cual, estaría afecto al cumplimiento del objetivo del negocio jurídico convenido.

4.1. OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA.

El artículo 1234 del Código de Comercio determina cuáles son los deberes indelegables del Fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, así:

"1.Realizar diligentemente todos los actos necesarios para consecución de la finalidad de la fiduciaria;

2. Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;

3.- Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;

4.- Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;

5.- Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al fiduciario;

6.- Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;

7.- Transferir los bienes a la persona o a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley una vez concluido el negocio fiduciario, y

8.- Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses”.

A su turno, respecto del contrato suscrito entre **Fiduciaria Fes S.A.-“Fidufes e Inversiones Químicas Ltda.**, encontramos en su cláusula Séptima señaladas obligaciones de La Fiduciaria, en la siguiente forma:

“1. Realizar de manera diligente todos los actos necesarios para la ejecución del contrato, conforme a las instrucciones aquí contenidas.

2.- Mantener los bienes fideicomitidos separados de los suyos propios y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios. Para este efecto, llevará una contabilidad independiente y advertirá a los terceros cuando sea necesario, sobre la circunstancia de estar actuando como fiduciario o administrador, respecto del patrimonio autónomo.

3.- Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente.

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 cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y el alcance de sus obligaciones, o cuando deba apartarse de las instrucciones contenidas en el presente contrato, si así lo llegaren a exigir las circunstancias.

6.- Rendir cuentas de su gestión en los términos establecidos por la circular externa numero 007 de 1996, expedida por 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, de acuerdo con lo dispuesto en este contrato.
- 9.- Comunicar a los beneficiarios las circunstancias sobrevinientes que pudieren dar lugar a la modificación o terminación anticipada del contrato.
- 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”.

4.2. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE.-

Con relación al contrato suscrito entre “Fiduciaria Fes S.A.”-“Fidufes” e Inversiones Químicas Ltda., encontramos en su cláusula Octava señaladas las obligaciones del fideicomitente, así:

- “1.- Colaborar con la fiduciaria en todo lo que esta requiera para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- 2.- Colaborar con la fiduciaria en la defensa y conservación de los bienes fideicomitidos, obligándose a informarle cualquier hecho que los pueda afectar, siendo responsable por los perjuicios que se generen de la omisión.
- 3.- Pagar la comisión a que tiene derecho la fiduciaria por el cumplimiento de su gestión, cuando no pudiere descontarse de los recursos del patrimonio autónomo.
- 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 facilitarles 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 el presente contrato”.

4.3. OBLIGACIONES DE LOS BENEFICIARIOS.

Con relación al contrato suscrito entre “**Fiduciaria Fes S.A.**”-“**Fidufes**” e “**Inversiones Químicas Ltda.**”, encontramos en su cláusula Novena señaladas las obligaciones de los beneficiarios, así:

“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 dentro de los tres días siguientes a su cancelación.

3.- Aceptar a título de dación en pago en la proporción que le corresponda los bienes que conforman el fideicomiso, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula décima tercera de este contrato.

4.- Las demás previstas en la ley o en este contrato”.

4.4. TERMINACION DEL CONTRATO DE FIDUCIA.

El Código de Comercio en su artículo 1240, estipula como causas de extinción del negocio fiduciario, fuera de las establecidas en el Código Civil para el fideicomiso, las siguientes:

“1.- Por haberse realizado plenamente sus fines;

2.- Por la imposibilidad absoluta de realizarlos;

3.- Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley;

4.- Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual está sometido;

5.- Por hacerse imposible o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia;

6.- Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción;

7.- Por disolución de la sociedad fiduciaria;

8.- Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario;

9.- Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo;

10.- Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin permiso de los derechos del fiduciario, y

11.- Por revocación del fiduciante cuando expresamente se haya reservado ese derecho”.

En el contrato suscrito entre “**Fiduciaria Fes S.A**”-“**Fidufes**” e “**Inversiones Químicas Ltda.**”, encontramos en su cláusula Décima Octava, anotadas las causales de terminación, así:

“1.- Por mutuo acuerdo de todas las partes,

2.- Por haberse ejecutado completamente su objeto,

3.- Por la realización de los activos del fideicomiso,

- 4.- Por decisión judicial debidamente ejecutoriada y
- 5.- Por la renuncia de la fiduciaria debido a cualquiera de las causas establecidas en el Código de Comercio o en este contrato.

PARAGRAFO.- Se considerará como causal de liquidación del patrimonio autónomo cualquier acción legal contra el mismo, así como el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones contractuales por parte del fideicomitente”.

4.5. LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.

El Código de Comercio en su artículo 1233, consagra:

“Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en su artículo 146 numeral 7º, reza: **“Separación patrimonial de los fondos recibidos en fideicomiso.** Toda sociedad fiduciaria que reciba fondos en fideicomiso deberá mantenerlos separados del resto del activo de la entidad “.

Por su parte en el contrato suscrito entre **“Fiduciaria Fes S.A.”-“Fidufes”** e **“Inversiones Químicas Ltda.”**, encontramos en su cláusula Cuarta señalados los bienes que forman parte del Fideicomiso, así:

- “1.- Los recursos de dinero entregados por el fideicomitente a la fiduciaria, en la fecha de la firma de este documento.
- 2.- Los bienes que llegare a adquirir el fideicomiso en desarrollo de su objeto.
- 3.- Los créditos otorgados por los beneficiarios al patrimonio autónomo, durante el lapso transcurrido entre el recibo de los recursos y su destinación, la fiduciaria deberá invertir dichos recursos en el fondo común ordinario que administra.
- 4.- La materia prima, el producto del proceso, el producto terminado, subproducto y los desperdicios que resultaren de su transformación.
- 5.- Los rendimientos que generan los recursos dinerarios entregados por el beneficiario.
- 6.- Los ingresos obtenidos por la venta del producto terminado, subproducto y/o desperdicios.
- 7.- Las facturas cambiarias de compraventa generadas en desarrollo del proceso de comercialización, así como el producto del descuento, factoring o venta de cartera del fideicomiso.

8.- Las órdenes de compra de los clientes, remisiones, **y demás documentos que se generen con ocasión del contrato de fiducia y de los que se deriven del mismo**".

4.5.1.- DEL CONTRATO DE MAQUILA.

De conformidad con el numeral 8o., de la cláusula Cuarta del Contrato de Fiducia, que antecede, resaltado por el Tribunal, se observa que forman parte de los bienes fideicomitidos que integran el fideicomiso **FA-097 INVERSIONES QUIMI-CAS**, el **Contrato de Maquila y Comercialización** celebrado entre **INVERSIONES QUIMICAS LTDA.**, como FABRICANTE y **LA FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES"**, en calidad de administradora del Fideicomiso **FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS**, como PROPIETARIA.

En el contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago, se estipula en su cláusula Tercera como objeto del mismo: "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, adhesivos, pegantes, emulsiones y dispersiones, con el fin de que los frutos provenientes de la venta de estos productos sean destinados a la cancelación de las obligaciones adquiridas por el fideicomitente y/o el fideicomiso.

En desarrollo del presente contrato la Fiduciaria, en calidad de administradora del Fideicomiso, **comprará por cuenta y riesgo de este último la materia prima requerida**; para celebrar el respectivo contrato de maquila y de comercialización; así como para celebrar contratos de comodato precario si fuere necesario y los contratos de prestación de servicios requeridos para la manufacturación y bodegaje de los productos terminados. Igualmente, la fiduciaria podrá garantizar con los bienes que conforman el patrimonio autónomo el pago de las obligaciones que adquiera el fideicomitente y/o el fideicomiso, mediante la expedición de certificados de beneficio, de manera que cuando se presente el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones mencionadas, la fiduciaria proceda a entregar al beneficiario, los bienes que conforman este patrimonio para que se cancele con ellos su acreencia, de acuerdo con lo establecido en la cláusula Décima Primera de este contrato".

Por su parte en el referido **Contrato de Maquila**, suscrito el 19 de Octubre de 1999, se estipula en su cláusula primera como objeto del mismo:

"1.La transformación de las materias primas que le suministre EL PROPIETARIO al FABRICANTE, a través de la utilización de los equipos fabriles de este último, ubicados en sus instalaciones y la mano de obra requerida, con el fin de producir resinas, adhesivos, pegantes, emulsiones y dispersiones listos para la venta.

2.La venta o comercialización del producto terminado directamente por EL FABRICANTE, bajo su propia responsabilidad y a través de su red de vendedores, quienes no tendrán ninguna relación de tipo laboral con EL PROPIETARIO.

Para el desarrollo del objeto de este contrato, EL FABRICANTE se obliga a solicitarle al PROPIETARIO el suministro de las materias primas requeridas para cumplir con los pedidos realizados por sus clientes.

Así mismo, EL FABRICANTE se obliga a realizar todas las gestiones requeridas para vender y despachar las resinas, adhesivos, pegantes, emulsiones y dispersiones a sus clientes, dentro de las condiciones de seguridad, cumplimiento y eficiencia requeridas.

PARAGRAFO: Las materias primas suministradas por el propietario, el producto terminado, así como el subproducto y los desperdicios resultantes del proceso de transformación de que trata el presente contrato, forman parte de los activos del PROPIETARIO y como tal no están sujetos a acciones legales de terceros contra EL FABRICANTE.

Igualmente, las facturas cambiarias de compraventa emitidas en desarrollo de la labor de comercialización que ha sido encomendada mediante este contrato al FABRICANTE, hacen parte de los activos del PROPIETARIO y no están sujetos a las acciones mencionadas en el inciso anterior, por parte de terceros acreedores de EL FABRICANTE”.

Constituye entonces el objeto del Contrato de Fiducia el marco general del objeto del Contrato de Maquila, del cual se deriva.

CAPITULO VII

1.- DE LA JUSTICIA ARBITRAL.

Afirma el abogado de la parte convocante en sus alegatos; “tratándose de la justicia arbitral solo es de recibo que el debate planteado ante la misma en el campo contractual, tenga por sujetos a quienes estén dotados sustancial y procesalmente de carácter de parte, con base en su libre voluntad de acogerse a ese mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Empero, en el caso presente la sociedad **AYACAR S.A.**, aunque carece de la condición de parte del contrato de maquila y comercialización, se arroga la potestad de invocarlo como fuente de sus reclamaciones infundadas, desconociendo que en esa relación comercial ni siquiera forma parte integral del contrato de fiducia, por que así no lo consagra la cláusula vigésima tercera del último que como anexos únicamente hace referencia al manual operativo, proyecciones y presupuesto del fideicomiso”.

Estudiados los objetos de los Contratos de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago y del Contrato de Maquila, antes transcritos, encuentra el Tribunal que tal como se mencionó, el objeto del Contrato de Fiducia, constituye el marco general del objeto del Contrato de Maquila, es así como consiguientemente el objeto del Contrato de Maquila se limita a estipular en cabeza de quien o quienes radican las obligaciones del negocio fiduciario, contenido en el Contrato de Fiducia y de cómo con la transformación de la materia prima en productos terminados, su comercialización y los dineros provenientes del cobro de las facturas respectivas (que hacían parte de los bienes fideicomitidos en el contrato de fiducia) iba a nutrirse el Patrimonio Autónomo originado en el Contrato de Fiducia, pieza fundamental que contiene

la Cláusula Compromisoria, mediante la cual este Tribunal quedó habilitado por las partes para conocer y decidir en Derecho.

2.- DE LA LEGITIMACION POR PASIVA

De manera insistente el Apoderado de la parte convocada, tanto en su escrito de contestación de Demanda como en sus alegatos de conclusión, afirma que no es la "Fiduciaria Fes S.A."-"Fidufes S.A.", la llamada a comparecer en el proceso arbitral, en virtud que no convino ni ejecutó negocio jurídico en nombre propio, ni en su propio beneficio, y en consecuencia, la Demanda debió ser dirigida por la parte convocante en contra del Patrimonio Autónomo **FA-097 INVERSIONES QUIMICAS.**

Fundamenta su posición apoyado en el artículo 1233 del Código de Comercio y consigna sobre el particular que tanto Doctrina como Jurisprudencia coinciden en señalar que El Fiduciario no asume obligaciones personales, ni se compromete por el hecho de la celebración de un contrato de fiducia, a responder por las obligaciones a cargo del fideicomiso o por perjuicios de allí derivados, menos frente a acciones de Responsabilidad Civil Contractual entabladas por quien a la fecha de la constitución del Patrimonio Autónomo no era mas que un tercero, el mismo que solo con posterioridad vino a adquirir el carácter de parte respecto de una relación en la cual esa universalidad independiente de bienes había nacido para el mundo del Derecho con pleno reconocimiento legal.

En relación con los argumentos esgrimidos por el Apoderado de la convocada el Tribunal considera:

Se parte de una premisa equivocada al considerar que las pretensiones de la Demanda persiguen el pago de una obligación a cargo del Patrimonio Autónomo **FA-097 INVERSIONES QUIMICAS.**

Es claro para el Tribunal que lo que persigue la parte convocante es el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por la Fiduciaria en desarrollo de la gestión que como administradora del Patrimonio Autónomo debió ejercer, razón por la cual encuentra el Tribunal que no existe falta de legitimación por pasiva en la Demanda Arbitral presentada y a contrario sensu se llama a responder a la persona jurídica legitimada para hacerlo por cuanto lo que está en discusión es la eficiencia en la gestión administrativa y la eficiencia en la ejecución del contrato y no el pago de una obligación a cargo del Patrimonio Autónomo **FA-097 INVERSIONES QUIMICAS.**

3.- DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.-

El artículo 1603 del Código Civil consagra el postulado de la buena fe de la siguiente manera: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe; y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella".

Por su parte el legislador mercantil consideró conveniente repetir y adicionar el mismo postulado y señaló en el artículo 871: "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado

expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Al postulado de la buena fe se refiere el tratadista **JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR**, en su obra “Contratos Mercantiles”, editada por la Biblioteca Jurídica Dike, año 1987, página 92, cuando citando al tratadista **EMILIO BETTI**, dice:

“Impone al deudor hacer no solamente lo que ha prometido, sino todo lo necesario para hacer llegar a la contraparte el pleno resultado útil de la prestación debida”.

Desde un punto de vista más amplio, sostiene el Doctor **Arrubla Paucar** que en la ejecución del contrato la buena fe, puede definirse como un criterio de conducta que se asienta sobre la fidelidad del vínculo contractual y sobre el empeño de cumplir la legítima expectativa de la contraparte; empeño en poner todas las fuerzas propias al servicio del interés de la contraparte en la medida requerida por el tipo de relación obligatoria de que se trata; empeño en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora de la prestación.

Sentado el postulado de la buena fe contractual se cuestiona el Tribunal acerca de la actuación de la parte convocante.

¿Qué motivos llevaron a la parte convocante “**AYACAR S.A.**”, a invertir sus recursos en una empresa que se encontraba en trámite de Ley 550; qué motivos llevaron a esta misma empresa una vez vencidas e incumplidas las obligaciones a otorgar prórrogas para su cumplimiento; por qué razón “**AYACAR S.A.**”, no aceptó que se le entregaran para su cobro facturas que le habían sido endosadas en propiedad y a lo cual se había obligado contractualmente?

Sencillamente y así lo estima el Tribunal, **AYACAR S.A.**, se confió en exceso, tanto en sus representantes, para el caso, la mesa de negocios o intermediaria, como en la seriedad, solvencia y efectividad de la “**Fiduciaria Fes S.A.**”- “**Fiducia S.A.**”.-

Esta conducta es reprochable, pues es elemental el deber mínimo de vigilancia directa de los propios intereses.

Obrar en sentido contrario, demuestra simplemente carencias de responsabilidad y diligencia,.

Siendo ello así, se deberán asumir también las correspondientes consecuencias

4.- DE LA CONDUCTA DE LA FIDUCIARIA FRENTE A SUS RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES.-

Nos ocupamos de analizar ahora la actividad desplegada por “**FIDUCIARIA FES FIDUFES S.A.**”, en la constitución y ejecución del Contrato de Fiducia, con el fin de verificar si su actuación se enmarca dentro de la diligencia y cuidado que imponen los deberes propios de la gestión fiduciaria y si las obligaciones a su cargo, fueron o no cumplidas, todo lo cual se adelantará desde la óptica de los hechos que aparecen probados en el proceso y que sirven de sustento a la decisión que más adelante se adopta.

El Tribunal encuentra entonces acreditadas las siguientes conductas negligentes en que incurrió la Fiduciaria:

A.- FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES incumplió la cláusula Tercera del Contrato de Fiducia que consagra el objeto del mismo y mediante la cual la Fiduciaria en calidad de administradora del Fideicomiso compraría por cuenta y riesgo de este último la materia prima requerida para celebrar el respectivo Contrato de Maquila y de Comercialización. Esta obligación contenida también en la cláusula Quinta.- (Instrucciones del Fideicomitente), mediante la cual, el Fideicomitente imparte a la Fiduciaria, entre otras, la obligación de comprar la materia prima y los insumos requeridos para el desarrollo del proceso de transformación que estará a cargo del Fideicomitente.

Se califica de negligente la conducta de la Fiduciaria en atención a que este Tribunal no comparte que se hubiese acordado novar parcialmente el objeto del contrato, cual era la obligación de compra de materia prima, por cuanto no se encuentra probado en el expediente.

Sobre el particular en la diligencia de Interrogatorio de Parte absuelto por el representante legal de la convocante, doctor **Gabriel Suárez López**, en diligencia llevada a cabo el 14 de Octubre de 2003, obrante a folio 1210 cuaderno de pruebas número 4-2, dice: “algo le dije al principio por que yo estoy acostumbrado a manejar muchos contratos y suceden en los procesos un poco con el animo de mejorar lo que inicialmente se ha pensado lo que llaman los abogados como novaciones, es que yo no soy abogado yo soy economista cuando digo novaciones que y me pongo a explicar no lo hago en la mejor forma, pero si se que lo entiendo por sentido común y me parece muy práctico y propio la realidad es que el contrato sufre modificaciones siempre a favor de lo que se busca en el contrato y yo creo que en este caso se dan aspectos de ese sentido y en general de los contratos”.

Y en diligencia de prueba testimonial absuelta por el señor **Carlos Alberto Gutiérrez Llanos**, exfuncionario de la entidad convocada, en audiencia celebrada el 2 de diciembre de 2003, que obra a folio 1356, del cuaderno de pruebas número 4-2, expresa: “De pronto no recuerdo en estos momentos pero lo que le puedo decir es que la fiduciaria no conocía de la calidad de los productos que deberían de comprarse, de la cantidad del despacho de los mismos, del almacenamiento y todo lo demás, por eso siempre existió de que la compra de las materias primas estaba encargada la sociedad fabricante llámese **Inversiones Químicas Ltda.**, quien a su vez se encargaba de negociar los plazos, los precios y todo lo correspondiente a la compra de dichas materias primas”.

Para el Tribunal es preciso destacar que para que se presente el fenómeno de la Novación debe primar el acuerdo o concurso de voluntades entre los mismos sujetos de la obligación contraída, lo cual no operó en el caso que nos ocupa y no se presentó acuerdo de voluntades para la Novación del objeto por cuanto no hubo modificación al objeto.

Ni siquiera en el evento que hubiese existido la intención de novar, ésta sería válida, por cuanto el artículo 1688 del Código Civil consagra: “El procurador o mandatario no puede novar si no tiene especial facultad para

ello, o no tiene la libre administración de los negocios del comitente o del negocio a que pertenece la deuda”.

B.-En cuanto a las instrucciones contenidas en la cláusula Quinta encontramos probado el incumplimiento de las instrucciones impartidas en el punto Cuarto y que hace referencia a la obligación de la Fiduciaria de entregar a nombre del Patrimonio Autónomo, a la Fideicomitente, la materia prima (productos químicos) adquirida por el patrimonio.

Al haber quedado demostrado que no cumplió con su obligación de comprar es concluyente que tampoco cumplió con la obligación de entregar.

C.-En cuanto a las instrucciones contenidas en el punto 9 de la cláusula Quinta, la Fiduciaria incumplió su deber de celebrar todos los actos y contratos necesarios para el cumplimiento del objeto contemplado en este Contrato de Fiducia.

Como ya hemos manifestado la fiduciaria incumplió al no celebrar el contrato de compraventa de las materias primas requeridas, tal como se encuentra de igual manera probado.

D.- Incumplió también la cláusula Sexta.-(beneficiarios), al no expedir a favor del Beneficiario el certificado de beneficio en el cual se dejará constancia de las características de este patrimonio, el nombre e identificación del acreedor, la fecha de expedición del certificado, el valor del crédito otorgado o de las mercancías entregadas y las condiciones de pago.

Igualmente se encuentra probada esta circunstancia, toda vez que dicha certificación fue requerida en forma oficiosa por el Tribunal.

E.- Cláusula Séptima: Derechos y Obligaciones de la Fiduciaria: Respecto a las obligaciones fueron incumplidas, la primera, inherente a realizar de manera diligente todos los actos necesarios para la ejecución del presente contrato conforme a las instrucciones aquí contenidas.

Este incumplimiento se hace evidente a la luz del análisis realizado a la cláusula Quinta, contentiva de las instrucciones.

F.-. Respecto a la tercera obligación estipulada en la citada cláusula Séptima referida a 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.

Se encuentra acreditado este incumplimiento en el hecho de haber omitido la Fiduciaria actuar oportunamente al enterarse que Inversiones Químicas estaba dándole a los dineros producto del recaudo de las facturas, una destinación diferente a la asignada en el Contrato de Fiducia, cual era, que esos recursos estaban destinados a ingresar al Patrimonio Autónomo.

G.- En cuanto a la quinta obligación estipulada en la cláusula Séptima del Contrato de Fiducia se encuentra determinado que era obligación de la Fiduciaria solicitar instrucciones al Superintendente Bancario, cuando debía apartarse de las instrucciones especificadas en el contrato, si así lo llegaren a exigir las circunstancias.

No obra en el expediente ni la solicitud ni las instrucciones impartidas por el Superintendente Bancario, respecto a la conducta asumida por la Fiduciaria

de apartarse de cumplir con las instrucciones impartidas por el Fideicomitente respecto a la compra de materias primas.

H.- En relación a la obligación contenida en el numeral noveno de la cláusula Séptima respecto a comunicar a los Beneficiarios las circunstancias sobrevinientes que pudieren dar lugar a la modificación o terminación anticipada del Contrato.

No existe en el expediente documento que acredite el cumplimiento de esta obligación, ya que no obstante la publicidad de ley para el trámite de reestructuración económica empresarial, la Fiduciaria se encontraba especialmente obligada por este Contrato a notificarlo a sus Beneficiarios.

5.- DE LA CONDUCTA DEL BENEFICIARIO FRENTE A SUS RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES.-

En la cláusula Novena del Contrato de Fiducia se encuentran señaladas las obligaciones del Beneficiario:

- a) Aceptar todas las condiciones establecidas en el presente contrato, aceptación que se presume con el recibo del certificado de beneficio.
- b) Devolver a la fiduciaria los certificados de beneficio dentro de los tres días siguientes a su cancelación.
- c) **Aceptar a título de dación en pago en la proporción que le corresponda los bienes que conforman el fideicomiso, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula décima tercera de este contrato.**
- d) **Las demás previstas en la ley o en este contrato.**

De las obligaciones anteriormente citadas resaltamos el numeral 3º., de la mencionada cláusula, que contiene la obligación de aceptar a título de Dación en Pago los bienes que conforman el Fideicomiso. Entre estos se encontraban las facturas cambiarias.

Se encuentra probado que por parte de la "Fiduciaria Fes" se remitió comunicación a **P & G Asociados Ltda.**, la que obra a folio 233, del cuaderno número 2, inherente a la solicitud enviada por la Fiduciaria para que se coordinara con esta la recepción de las actas de entrega y de los documentos que soportaron las operaciones financieras realizadas entre el fideicomiso **FA-097 INVERSIONES QUIMICAS LTDA.**, y los inversionistas entre ellos "**AYACAR S.A.**", en la cual Fidufes solicita además que la reunión se concertara para los días comprendidos entre el 26 y el 28 de Junio de 2002; en igual sentido escribe nuevamente Fidufes, el día martes 15 de octubre de 2002, comunicación que obra en el expediente a folio 234, del cuaderno número 2.

De la misma manera se encuentra probado a través del documento interno que obra a folios 235, 236 y 237, del cuaderno número 2, la disposición de la "Fiduciaria" en entregar las citadas facturas, hasta tanto los beneficiarios de las mismas se acercaran a la Fiduciaria a reclamarlas y suscribieran el acta de entrega respectiva. En este documento la Fiducia de Administración le solicita a la Doctora María Virginia Betancourt, Secretaria General: "Favor conservar las copias de las actas originales que se entregan y luego imprimir aquellas que faltan (Rodríguez Jiménez, **Ayacar SA.** O.T.H.. & Cía.) y obtener la firma de

recibido y aceptado en dichas actas y posteriormente ser guardadas como soporte de la entrega” (Resalta el Tribunal)

6.- DE LA CULPA CONTRACTUAL.-

La culpa contractual según el pensamiento **Alessandri Rodfríguez**: “ consiste en no cumplir una obligación existente o cumplirla mal”.

Esta definición ha sido adoptada en varias oportunidades por la jurisprudencia colombiana, la que a su turno siempre ha sido fiel al principio de que la culpa es fundamento de toda responsabilidad contractual.

En opinión del tratadista Javier Tamayo Jaramillo, planteada en su libro “Culpa Contractual”, editorial temis, edición 1999, página 10, existe de un lado, la idea de que la culpa es requisito necesario de la responsabilidad contractual, mientras que en otros no; y del otro, que la culpa contractual no puede definirse como la inejecución de la obligación, a esta última crítica le hace las siguientes consideraciones: en primer lugar, una cosa es no obtener el resultado material buscado por el acreedor, caso en el cual el término inejecución de la obligación no tiene un significado jurídico; y otra, es no realizar aquello a que se ha comprometido el deudor, en cuyo caso el término inejecución de la obligación si es apropiado desde el punto de vista jurídico .

En segundo lugar, afirmar que la culpa contractual consiste en la inejecución de la obligación debida, es sentar un principio carente de contenido. En efecto, hay obligaciones que se deben cumplir aunque no haya culpa del deudor, mientras que en otros no hay incumplimiento si no existe culpa del obligado.

En cambio, hay otras obligaciones en las que importa no solo el resultado material buscado por el acreedor, sino también un determinado comportamiento del deudor, obligación esta última que enmarca en el caso sub júdice la responsabilidad de la entidad fiduciaria, toda vez que ella misma afirma en toda la etapa procesal como de los mismos documentos aportados que su responsabilidad es de medio y no de resultado.

Planiol y Ripert definen la culpa contractual : “Hay que entender por culpa un acto sujeto a reproche, en el sentido de que el deudor incurre en una reprobación por un hecho preciso de acción o de omisión. La cuestión consiste en saber si la culpa así entendida es necesaria para que haya responsabilidad contractual”.

El artículo 63 del Código Civil se encarga de graduar la culpa, cuando dice: “La ley distingue tres especies de culpa y descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata , es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que a unas personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

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

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consistente en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. (resalta el Tribunal).

El artículo 1604 ibídem, establece que :”El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; **es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes**; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficios”. (resalta de nuevo el Tribunal)

Por su parte el artículo 822 del Código de Comercio prescribe que a los contratos mercantiles se apliquen los principios del derecho civil, por lo que tenemos entonces, que tanto en materia comercial como en civil es de aplicación el principio de la clasificación tripartita de la culpa.

El artículo 1243 ibídem, define que el Fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.

Acerca de la Culpa, la Jurisprudencia se pronuncia indicando que “ Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haber previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar”.

7.- DE LA CARGA DE LA PRUEBA.-

La norma general sobre la carga de la prueba se encuentra en el artículo 177 del C. de P. Civil, que establece:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

Sobre el particular hace su pronunciamiento el tratadista **CARLOS BERNARDO MEDINA TORRES**, en su libro “Pruebas en el Derecho Comercial” ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1999, página 33, cuando dice: “El proceso judicial no puede seguir aplicando reglas inflexibles sobre la autorresponsabilidad probatoria. Si bien, el debido proceso significa una extraordinaria garantía de la civilidad, no hay que perder de vista que dicha garantía llega hasta donde sea necesaria. El límite interno de la necesidad de las formalidades es el mantenimiento del orden en las actuaciones procesales y que no sean sorprendidas las partes del proceso con actuaciones caprichosas. El límite externo ha de ser la necesidad de un Estado Social de Derecho justo, con una justicia que no sólo restablezca la confianza social perdida, sino que preste un servicio de justicia al consumidor jurídico-judicial.

La actual constitución política, al establecer la solidaridad social, el derecho al efectivo acceso a la Justicia y la prevalencia del derecho sustancial, acorde con otros derechos fundamentales, impone al Juez el deber de fallar con arreglo a la verdad real y el deber de satisfacer a la justicia”.

El mismo tratadista cita al profesor **JAIRO PARRA QUIJANO**, expresando que dicho profesor sostiene que ha entrado en “crisis la noción clásica de la carga de la prueba”, puesto que no debe triunfar el más hábil en el manejo de las

pruebas, el más inteligente, sino que **debe triunfar la justicia y para ello debe establecerse la verdad real en el proceso.** Cuando el sistema es individualista, dispositivista, el juez es un contemplador de la contienda, no siempre justa, pues los contendientes pueden ser desiguales”.

En el Código de Procedimiento Civil comentado, Leyer, décima tercera edición, compilado por **OSCAR EDUARDO HENAO CARRASQUILLA, MARIA EUGENIA PADILLA NOGUERA Y ALFONSO RIVERA MARTINEZ**, página 468, citando al tratadista **COUTURE**, se refiere a la carga de la prueba, así: “...Si las dos partes, actor y demandado, aportan al proceso toda la prueba y con base en ella se logra formar la convicción del juez, sin que reste ningún hecho dudoso, **no existe interés práctico en determinar a cuál de ellas corresponde la carga de la prueba . . .**

Si hay elementos probatorios suficientes , **no importa quien los haya arrimado**, el juez sólo deberá apreciarlo conforme a las normas establecidas en el artículo 187 del C. de P. Civil”. (resalta el Tribunal).

Es indudable que la carga de la prueba , en la mayoría de los procesos corre a cargo de quien la invoca .

De no obrarse así, el examen probatorio queda a criterio del Tribunal, ya directamente o comparando, en su conjunto, los diversos documentos (aportados y solicitados), interrogatorios de parte, testimonios, dictámenes periciales y demás pruebas decretadas oficiosamente.

8.- DE LA RESPONSABILIDAD.-

La culpa es fundamento de la responsabilidad contractual, la doctrina y la jurisprudencia francesa han sido maestras universales en esta materia, al plantear la distinción entre obligaciones de medio y de resultado. Por su parte el Tribunal considera que dentro de un mismo contrato pueden haber obligaciones de naturaleza diversa para ambas partes, pero que, acerca del cumplimiento de las mismas, su ejecución o incumplimiento, arroja resultados que inciden de manera diferente al momento de valorar el éxito esperado y en consecuencia frente al incumplimiento de solo una cualquiera de ellas se generará un resultado adverso .

Estima el Tribunal que las pretensiones de la parte convocante en el sentido de reconocimientos de daño emergente, de lucro cesante, de perjuicios y costas y agencias en derecho, no pueden ser atendidas a plenitud, precisamente, por el proceder desidioso de la parte reclamante, pero a su vez, y también por el mismo razonamiento la parte convocada tendrá que reconocer parcialmente haberes monetarios a favor de la solicitante y que concretamente hacen referencia al daño emergente.

En consecuencia el Tribunal reconocerá únicamente a **AYACAR S.A.**, esto es, la parte convocante, el capital aportado durante la ejecución del contrato a título de daño emergente. Este valor queda determinado en la suma de ciento veintiocho millones de pesos(\$ 128'000.000.00).

No se reconoce lucro cesante, por la conducta pasiva y omisiva asumida por la parte convocante.

CAPITULO VIII

LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por participación accidental en la función jurisdiccional en virtud de la Cláusula Arbitral y por Autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que la sociedad **FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES"**, incumplió el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago, celebrado el día 5 de octubre de 1999, entre la sociedad **INVERSIONES QUIMICAS LTDA.** y la **FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES"**.

SEGUNDO.- Declarar que la sociedad **AYACAR S.A.**, Incumplió con las obligaciones contenidas en el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago, celebrado el día 5 de octubre de 1999. entre la sociedad **INVERSIONES QUIMICAS LTDA.**, y la sociedad **FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES"**, a las cuales se encontraba obligada en su condición de beneficiaria del citado contrato.

TERCERO.- Como resultado de las anteriores declaraciones condenar a la sociedad **FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES"**, a reconocer a **AYACAR S.A.**, la suma de **CIENTO VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$128.000.000.00)**, a título de daño emergente, conforme fue solicitado en el punto segundo del petitum de la demanda.

CUARTO. No condenar a la sociedad **FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES"**, al pago a favor de **AYACAR S.A.**, de las sumas solicitadas a título de lucro cesante.

QUINTO. Tasar las agencias en derecho en la suma de **DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$19'200.000.00)**. Condenar a ambas partes al pago de las costas procesales, incluidas las agencias en derecho, en este punto liquidadas, en igual proporción, esto es:

Honorarios de árbitros (3)	13'779.000.00
IVA árbitros (2)	1'469.760.00
Honorarios secretaria	2'296.500.00
Gastos de funcionamiento Tribunal	2'305.700.00
Gastos de administración	2'305.700.00
IVA.	790.615.00
AGENCIAS EN DERECHO	19'200.000.00
	<u>42'147.275.00</u>

PARAGRAFO 1. En relación con el valor de los gastos de funcionamiento y administración del Tribunal se hace la advertencia de que una vez protocolizado el expediente, de quedar algún remanente, de la suma consignada por concepto de este rubro, se le reintegrará a ambas partes.

PARAGRAFO 2. En relación con el valor de las costas procesales, procederán las compensaciones derivadas del pago anticipado por gastos y expensas.

SEXTO.- Ordenar a la Secretaria del Tribunal la expedición y entrega de una copia auténtica de este laudo, a los apoderados de las partes Convocante y Convocada.

SEPTIMO. Ordenar que por Secretaría y con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, se expida copia del presente Laudo.

OCTAVO.- Por el Presidente del Tribunal y con cargo a la cuenta de gastos protocolizar el expediente en una Notaría del Círculo de Cali, una vez ejecutoriado el presente laudo.

Notifíquese y cúmplase,

El Laudo anterior se notificó en audiencia.

EL PRESIDENTE,

MANUEL BARRAGAN LOZADA

LOS ARBITROS,

LUZ ELENA CABAL BORRERO

MARIA ESPERANZA MAYOR GORDILLO

LA SECRETARIA,

PATRICIA RIASCOS LEMOS