

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Luz María Zamorano de Castilla y otros

contra

“Alianza Fiduciaria S.A.” y “Proplaza Ltda.”

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, veintiún (21) de febrero de dos mil cinco (2005)

Agotado el trámite legal que regula el proceso arbitral, no existiendo causal que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, procede este Tribunal a resolver en derecho las pretensiones formuladas en la solicitud de convocatoria contenida en la demanda integrada, las excepciones de mérito propuestas en el escrito de contestación de la demanda, las pretensiones consignadas en la demanda de reconvención así como las excepciones formuladas a la misma, el llamamiento en garantía formulado por la convocada Alianza Fiduciaria S.A. a la sociedades aseguradoras, su contestación y las excepciones propuestas, todo ello mediante el presente laudo que pondrá fin al proceso arbitral incoado por los beneficiarios del “Fideicomiso ADM-0431 Terrazas de Chipichape – Alianza”, como convocantes, contra las sociedades Alianza Fiduciaria S.A., antes Fiduciaria Alianza S.A. y Promotora Plaza de Caycedo – Proplaza Ltda., como convocadas, a quienes en el texto de esta providencia llamaremos en ocasiones Alianza Fiduciaria y Proplaza Ltda., respectivamente.

CAPITULO I

Antecedentes

1.1. Solicitud de integración del Tribunal de Arbitramento

El 19 de agosto de 2003, beneficiarios del “Fideicomiso ADM-431 Terrazas de Chipichape – Alianza”, a través de apoderado judicial, presentaron ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la demanda integrada para que se convocara un Tribunal de Arbitramento que dirimiera las diferencias surgidas con relación al contrato de fiducia mercantil contenido en el contrato celebrado mediante escritura pública No. 4889 de diciembre 01 de 1993, de la Notaría 11 del Circulo de Cali, en el que actuaron Proplaza Ltda. como fideicomitente y “Fiduciaria Alianza” como fiduciaria, según el cual ésta administra el “Lote especial No. 2” fideicomitado con el propósito de transferir a los futuros “cesionarios del beneficio” las unidades y su porcentaje de zonas comunes

resultantes del proyecto en construcción denominado “Terrazas de Chipichape” que el fideicomitente realice sobre dicho predio. Con la citada escritura pública 4889 de 1993 se reglamenta el contrato de fiducia de administración de un bien inmueble con instrucciones especiales que obra en la escritura pública No. 4237 de 13 de octubre de 1993 de la misma Notaría Once de Cali, en lo que hace referencia al inmueble denominado Lote Especial No. 2 con matrícula inmobiliaria No. 370-0436435 que forma parte del predio Zona A-2 del predio Chipichape, y son sus otorgantes la sociedad “Promotora Plaza de Cayzedo Ltda.-PROPLAZA LTDA.”, como fideicomitente y cesionaria de los derechos del Fideicomiso de garantía ciudad Chipichape-FIDUANGLO, y la “Fiduciaria Alianza S.A.”, como fiduciaria.

Sobre la base de la contratación descrita, los convocantes adquirieron la calidad de “cesionarios del beneficio” en virtud de dos contratos celebrados entre cada uno de ellos y la sociedad “Proplaza Ltda.”, el primero de “Promesa de Cesión de Beneficios” de febrero de 1994 y el segundo de “Cesión de Beneficios” en fechas que van de junio de 1994 a noviembre de 1995. Adicionalmente, cada convocante celebró con “Fiduciaria Alianza S.A.” un contrato de “Encargo Fiduciario”, de febrero de 1994, que implicó las entregas de dinero estipuladas en el mismo contrato y en su “Anexo #1” que el apoderado de los convocantes detalla como “valor cesión beneficiarios” y “valor aporte de construcción” en cuadro ilustrativo del hecho “12”.

Dicha demanda integrada reemplazó la solicitud de convocatoria inicial presentada por el apoderado de los convocantes el 25 de julio de 2002 y la reforma de fecha 19 de agosto de 2003, que excluyó como convocada a la Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena, hoy Banco Colmena S.A., e incluyó como convocantes a (1) Luis Hernando García Vergara y Luz Gertrudis Toro de García, (2) Ana Cristina Vélez Jaramillo, (3) Luis Miguel Madriñán Guerrero, Consuelo Guerrero de Madriñán y Claudia Susana Vivas Herrera, (4) Nicolás Vargas Torres y Leonor Rozo de Vargas, (5) Juan Carlos Fernández Duque y Martha Alejandra Puentes y (6) Hernando Orozco Grisales y Amparo Sánchez Zapata, con las reformas consiguientes a los hechos y pretensiones.

De esta manera, los convocantes incluidos en la demanda integrada son treinta y nueve (39) beneficiarios del fideicomiso que se identifican así:

(1.) Luz María Zamorano (2.) Luz María Zamorano y Cía S. en C. (3.) Jaime Umaña, representado por Yalila Vargas Umaña (4.) José Ricardo Arango Mutis

(5.) Ingrid María Wolff y Guillermo Ramírez (6.) María Helena Zambrano C. (7.) Mercedes Tello de López (8.) Noraida Franco Puente (9.) Dario Martínez Chavez (10.) Gloria Dotly Arévalo de Sandoval (11.) Hector Danilo Padilla y Barbara Diez de Padilla (12.) Enrique Sanclemente (13.) Liliana Mejia Hurtado y Alvaro Federico Shneider (14.) María Leonor Velasquez Rasch (15.) Diego Miguel Rodríguez González (16.) Pedro Vicente Gamboa (17.) Alfonso Zorrilla Sanclemente (18.) María Elena García (19.) Lucy Escobar de Concha y Hernando Concha (20.) Moisés Sandoval Baena (21.) Armando León Jiménez y Diana Carolina López (22.) Blanca Margarita Serrate de Ramírez representada por Arturo Ramírez Serrate (23.) Janeth Ramírez Serrate (24.) José Antonio Sanchez (25.) Olga Marmolejo de López (26.) Clara Rita Arias de Kubler (27.) Gloria Alicia Quijano (28.) Ana Margarita Echeverri de Barona (29.) Alberto Vivas Esperanza Cortazar Centeno representada por Alberto Vivas (30.) Nidia Elena Valencia (31.) Jaime Montoya Pulido (32.) Carlos Roberto Ramírez Montoya y Fanny Dávila de Ramírez (33.) Máximo Morales (34.) Luis Hernando García Vergara y Luz Gertrudis Toro de García (35.) Ana Cristina Vélez Jaramillo (36.) Luis Miguel Madriñan Guerrero, Consuelo Guerrero de Madriñan y Claudia Susana Vivas Herrera (37.) Nicolás Vargas Torres y Leonor Roza de Vargas (38.) Juan Carlos Fernández Duque y Martha Alejandra Puentes (39.) Hernando Orozco Grisales y Amparo Sanchez Zapata.

1.2. El Pacto Arbitral

En la Cláusula Vigésima de la escritura pública No. 4889 otorgada el 01 de diciembre de 1993 en la Notaría Once del Círculo de Cali, a la cual se dió lectura en la Primera Audiencia de Trámite celebrada el 19 de mayo de 2004 (Acta No. 14), las partes contratantes de la fiducia de administración de un bien inmueble con instrucciones especiales establecieron el pacto arbitral, cuyo texto es el siguiente:

“ ... VIGESIMA-. ARBITRAMENTO: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución o liquidación se resolverá por un Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Cali, que se sujetará a lo dispuesto en la Ley 23 de 1991, o en las normas que los sustituyan de acuerdo con las siguientes reglas: a) el Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros; b) La organización interna del Tribunal se sujetará a lo previsto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Cali; c) el Tribunal decidirá en derecho; d) el Tribunal funcionará en Cali, en el Centro de Arbitraje y Conciliación mercantiles de la Cámara de Comercio de Cali...”

Además, la Cláusula Décima Segunda de cada uno de los encargos fiduciarios suscritos entre los convocantes y Alianza Fiduciaria dispone: *“ARBITRAMENTO: Cualquier diferencia que surja entre las partes con ocasión de este encargo o de su ejecución, se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento constituido por un árbitro que designará la Cámara de Comercio de la ciudad de Cali. Su decisión será en derecho y deberá regirse por lo dispuesto por la Ley 23 de 1991 o las normas que la sustituyan, modifiquen o deroguen”*. Para el Tribunal es claro que la mención de un solo árbitro hecha en la cláusula transcrita debe entenderse modificada por las leyes posteriores a la 23 de 1991, según las cuales la cuantía de este proceso arbitral determina que las diferencias surgidas deben resolverse por un Tribunal de Arbitramento y no por un Árbitro Único.

1.3. Constitución del Tribunal de Arbitramento

La Cámara de Comercio de Cali, mediante sorteo público, conformó el Tribunal y su Centro de Conciliación y Arbitraje impulsó el trámite inicial hasta la instalación del Tribunal que se llevó a cabo en Audiencia del 6 de agosto de 2003 (Acta No. 1). La actuación del Centro consta en siete cuadernos entregados al Tribunal, según consta en el numeral 1 del “Desarrollo” de la audiencia citada.

CAPITULO II

Trámite Inicial cumplido por el Tribunal

Como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad parcial de los artículos 121 y 122 de la Ley 446 de 1998- compilados en los artículos 141 y 142 del Decreto 1818 de 1998-, contenida en la Sentencia C-1038 de 28 de noviembre de 2002 de la H. Corte Constitucional, el Tribunal adelantó el trámite inicial del proceso arbitral a través de doce audiencias posteriores a la de su instalación, dentro de las cuales adoptó decisiones que se resumen a continuación así:

2.1. Designar curador ad-litem de la sociedad convocada “Proplaza Ltda.”, mediante Auto No. 3 de 20 de agosto de 2003 (Acta No. 2), y con base en el trámite de emplazamiento realizado por la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje en octubre del 2002.

2.2. No revocar la providencia del 25 de septiembre de 2002 de la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje que admitió la solicitud inicial de convocatoria e integración del Tribunal, y contra la cual el apoderado de la convocada “Alianza

Fiduciaria S.A.” había presentado recurso de reposición (Auto No. 7 de septiembre 17 de 2003, Acta No. 3).

2.3. Admitir la reforma de la demanda y su posterior integración presentadas por el apoderado de los convocantes y, por decisión del mismo apoderado, excluir como convocado en el proceso arbitral al “Banco Colmena S.A.”, antes Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena (Auto No. 12 de octubre 8 de 2003, Acta No. 4).

2.4. Declarar procedente el llamamiento en garantía que solicitó la convocada “Alianza Fiduciaria S.A.” en relación con la “Aseguradora Colseguros S.A.” y “Seguros Colpatria S.A.” e improcedente el llamamiento en garantía formulado por la misma convocada “Alianza Fiduciaria S.A.” en relación con la convocada “Promotora Plaza de Caycedo-Proplaza Ltda.”, la sociedad “Beal Ltda.”, el Ingeniero Carlos Humberto Parra, diez integrantes del “Comité Fiduciario del Fideicomiso ADM-Terrazas de Chipichape” y los treinta y nueve convocantes del proceso arbitral (Auto No. 15 de 23 de octubre de 2003, Acta No. 5).

2.5. Admitir la demanda de reconvención presentada el 15 de octubre de 2003 ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali por el apoderado de la convocada “Alianza Fiduciaria S.A.” contra “Luz María Zamorano y Cía. S. en C.S.”, Luz María Zamorano de Castilla y las restantes personas naturales que son convocantes en el proceso arbitral, según Auto No. 27 de 6 de febrero de 2004 (Acta No. 10) en el que el Tribunal determinó adicionar el valor de honorarios y gastos del proceso en el cincuenta por ciento (50%) del señalado al momento de su instalación.

2.6. Declarar fracasada la conciliación intentada en audiencia que se celebró al efecto el 16 de abril de 2004 (Auto No. 32, Acta No. 13).

CAPITULO III

Trámite Arbitral

3.1. Primera Audiencia de Trámite

El 19 de mayo de 2004 se inició la primera audiencia de trámite y en ella el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho el proceso arbitral instaurado por los ya citados convocantes contra “Alianza Fiduciaria S.A.” y “Proplaza Ltda.”, así como para resolver acerca de las pretensiones formuladas

en la demanda de reconvención de la sociedad “Alianza Fiduciaria S.A.” contra los convocantes, con apoyo en la misma cláusula compromisoria pactada.

En el respectivo Auto No. 35 de la fecha indicada –(Acta No. 14)- el Tribunal desestimó los argumentos reiteradamente expuestos por la convocada y los mandatarios de las dos aseguradoras llamadas en garantía en el sentido de que no habría lugar a este proceso arbitral por haberse extinguido la cláusula compromisoria en razón de haberse debatido el conflicto en un proceso arbitral anterior en el que, por falta de consignación de las sumas destinadas a honorarios y gastos, hubo de declararse dicha extinción o agotamiento. Para esta decisión, el Tribunal tuvo en cuenta que en el actual proceso arbitral fueron presentadas pretensiones distintas a las del proceso anterior y además la parte ahora convocada no es solamente “Alianza Fiduciaria S.A.” sino también “Proplaza Ltda.” e, igualmente, aparecen convocantes en el proceso en curso que no figuran como tales en la demanda que originó el Tribunal anterior, como son Jaime Umaña, Ingrid María Wolf Cuartas y Guillermo Ramírez T., Gloria Dotly Arévalo de Sandoval y Enrique Sanclemente M.

La primera audiencia de trámite se declaró culminada el 28 de junio de 2004 mediante Auto No. 46 de esa fecha. (Acta No. 18).

3.2. Decreto y práctica de las pruebas

El Tribunal abrió a pruebas el proceso y decretó las oportunamente solicitadas por las partes y las aseguradoras llamadas en garantía, según Auto No. 38 de 7 de junio de 2004 (Acta No. 16), auto que fue objeto de recursos de reposición resueltos mediante Autos números 39 de junio 23 de 2004 (Acta No. 17) y 42 y 43 de junio 28 de 2004 (Acta No. 18). Las pruebas decretadas y practicadas se relacionan a continuación, así:

Documentales

Exhibición de documentos e inspección judicial y peritación

Oficios

Prueba Pericial

Prueba Testimonial

Interrogatorios de parte

Pruebas de Oficio

Más adelante el Tribunal analizará el contenido y el valor probatorio de las probanzas relacionadas, sobre las cuales se apoya la decisión arbitral.

CAPITULO IV

La Demanda Integrada

4.1. Hechos de la demanda integrada

4.1.1. Hechos comunes a todas las acciones

El convocante funda inicialmente sus pretensiones en hechos comunes a todas las acciones ejercitadas, los cuales comienzan con la celebración de un contrato de “Fiducia Mercantil de Garantía”, que consta en la escritura pública No. 4237 de octubre 13 de 1993 de la Notaría Once de Cali, en virtud del cual el Fideicomiso de Garantía “Ciudad Chipichape-Fiduango”, representado por la “Fiduciaria Anglo S.A.”, transfiere a título de Fiducia Mercantil Irrevocable a la sociedad “Fiduciaria Alianza S.A.”, hoy “Alianza Fiduciaria S.A.”, el lote de terreno denominado “Lote especial No. 2”, con extensión aproximada de 18.466.22 M² que allí se determina, y se constituye el Patrimonio Autónomo denominado “Fideicomiso ADM-0431 Terrazas de Chipichape-Alianza”.

Posteriormente, y con documento privado de noviembre 12 de 1993, la Fiduciaria Anglo S.A. en representación del Fideicomiso de Garantía “Ciudad de Chipichape-Fiduango” cedió todos sus derechos y obligaciones en el “Fideicomiso ADM-0431 Terrazas de Chipichape - Alianza” en favor de la “Promotora Plaza de Caycedo Ltda., Proplaza Ltda.”.

Con el contrato de Fiducia Mercantil en referencia se pretende que “Fiduciaria Alianza S.A.” administre el inmueble fideicomitado y permita futuros desarrollos inmobiliarios de acuerdo con las instrucciones que en su momento le impartan los titulares de los derechos del fideicomiso, para cuyos efectos se celebró el contrato reglamentario contenido en la escritura pública No. 4889 de diciembre 1 de 1993 de la Notaría Once de Cali de “Fiducia para la administración de un bien inmueble con instrucciones especiales”, en el que actuaron “Proplaza Ltda.”, como fideicomitente, y “Fiduciaria Alianza”, como fiduciaria, y según el cual ésta administra el predio fideicomitado con el propósito de transferir a los futuros “cesionarios del beneficio” las unidades y su porcentaje de zonas comunes resultantes del proyecto en construcción denominado “Terrazas de Chipichape” que el fideicomitente realice sobre dicho predio.

Sobre la base de la contratación descrita, los convocantes adquirieron la calidad de “cesionarios del beneficio” en virtud de dos contratos celebrados entre cada uno de ellos y la sociedad “Proplaza Ltda.”, el primero de “Promesa de Cesión de Beneficios” de febrero de 1994 y el segundo de “Cesión de Beneficios” en fechas

que van de junio de 1994 a noviembre de 1995. Adicionalmente, cada convocante celebró con “Fiduciaria Alianza S.A.” un contrato de “Encargo Fiduciario”, en febrero de 1994, que implicó las entregas de dinero estipuladas en el mismo contrato y en su “Anexo #1” que el apoderado de los convocantes detalla como “valor cesión beneficiarios” y “valor aporte de construcción” en cuadro ilustrativo del hecho “12”.

4.1.2. Hechos relacionados con la acción de nulidad absoluta por objeto ilícito de los contratos.

4.1.2.1. Primera causal de nulidad absoluta

La petición de nulidad absoluta de los referidos tres contratos celebrados por los convocantes con “Proplaza Ltda.” y “Fiduciaria Alianza S.A.”, en cuanto a la “1a. Causal”, la fundamenta el apoderado de la parte actora en lo que describe como ocultamiento malicioso fraudulento e ilícito del “Estudio de Suelos” elaborado por el Ingeniero Civil Carlos Humberto Parra S. en junio de 1993, para el proyecto denominado “Terrazas de Chipichape” que comprende el desarrollo de un conjunto de 130 casas unifamiliares de dos pisos, con área construida aproximada de 120 metros cuadrados por casa. Del citado “Estudio de Suelos” afirma el apoderado de los convocantes que se deducía la gran cantidad de roca existente en el “Lote Especial #2” y el consiguiente costo elevado de la adecuación del terreno para la construcción, no obstante lo cual ambas empresas procedieron a celebrar los tres contratos aludidos “presupuestando por concepto de voladura de roca la suma de \$29’400.000,” equivalente al 15.7% del movimiento de tierra, cuando “en realidad este ítem significó un sobre costo en el presupuesto de movimiento de tierras por valor de \$1.059.089.322,00 Mcte.” Esta misma situación, agrega el demandante, “hizo que el presupuesto de cada una de las casas se disparara irrazonablemente”, pues los costos que van de \$37’600.000.00, \$43’500.000.00 y \$51’057.000.00, según la Cláusula Séptima del contrato de Promesa de Cesión de Beneficios y el Anexo #1 del contrato de “Encargo Fiduciario”, luego de dos años, “según consta en el Acta No. 37 se incrementaron a \$115’000.000,00 Mcte.”

4.1.2.2. Segunda causal de nulidad absoluta

El apoderado de los convocantes apoya esta “2a. causal” en el hecho afirmado de haberse comercializado el proyecto de vivienda “Terrazas de Chipichape” anunciando en la Asamblea No. 01 de Fideicomitentes de fecha marzo 2 de 1994 que tenía licencia de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y energía,

otorgada por la Empresas Municipales de Cali desde octubre 11 de 1993, siendo que en este documento sólo consta que el lote de terreno de propiedad de “Promotora Plaza de Caycedo” tiene la posibilidad de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado si se cumplen los requisitos allí anunciados y que nunca se obtuvo esta licencia ni la de energía hasta la fecha de la convocatoria del Tribunal. Esta conducta, expone el apoderado, “constituye estafa al tenor del Art. 246 del C. Penal”.

4.1.2.3. Tercera causal de nulidad absoluta

El apoderado de los convocantes expone que habiendo recibido “Fiduciaria Alianza S.A.” por parte de los beneficiarios como capital para construcción la suma de \$3.170’783.571 y de parte de Colmena, igualmente para construcción, la suma de \$3.406’599.598, es decir un total de \$6.577’383.169, “dinero que actualizado equivale a más de \$20’000.000”, sin embargo en el avance de construcción del proyecto Terrazas de Chipichape sólo aparecen representados \$5.577.500.000; cantidad esta última que el apoderado calcula de deducir del avalúo de \$7.077’500.000 del lote especial No. 2 y el avance de construcción, realizado en el juicio hipotecario adelantado por Colmena contra “Fiduciaria Alianza S.A.” en el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, la suma de \$1.500.000.000 con la que los Beneficiarios cancelaron el valor del Lote Especial No. 2.

Dentro de esta exposición de hechos de la “3a. causal”, el apoderado de los convocantes cita apartes del Informe de los Auditores Externos Henry Romero Lozano y Libardo Soto Aristizabal rendido el 6 de junio de 1996 al “Comité Fiduciario Terrazas de Chipichape”, a la luz del cual “necesariamente debe concluirse que muchos de los dineros entregados a Fiduciaria Alianza S.A. para la construcción del proyecto Terrazas de Chipichape se desaparecieron ilícitamente y que muchos de los materiales fueron objeto del raponazo y del hurto, lo que contraviene el orden público privado, la moral y las buenas costumbres y por lo tanto los tres (3) contratos que celebraron mis mandantes con Proplaza Ltda. y Fiduciaria Alianza S.A., por esta Tercera Causal, también se encuentran viciados de nulidad absoluta por objeto ilícito”.

4.1.2.4. Cuarta causal de nulidad absoluta

El apoderado de los convocantes afirma que “Fiduciaria Alianza S.A.” incurrió en abuso de confianza y violación del contrato de encargo fiduciario en su cláusula tercera, numeral 1o., inciso quinto, al pagar al fideicomitente “Proplaza Ltda.” el importe económico de los contratos de Promesa de Cesión de Beneficios y de

Cesión de Beneficios sin el cumplimiento de los requisitos allí establecidos, como también al pagar en forma completa los honorarios de los contratos de gerencia del proyecto y de construcción a “Proplaza Ltda.” y de interventoría a “Beal Ltda.” sin que la obra se concluyera.

4.1.2.5. Quinta causal de nulidad absoluta

Expone el apoderado de los convocantes que mediante conducta fraudulenta, maliciosa y engañosa se obtuvo autorización para iniciar obras en la Asamblea de Fideicomitentes #001 celebrada en marzo 2 de 1994, con la afirmación del interventor y de los representantes de “Proplaza Ltda.” y “Alianza Fiduciaria S.A.” de que Control Físico Municipal autorizaba iniciar obras con la radicación de la solicitud de licencia de construcción, siendo que la radicación sólo autorizaba el encerramiento del lote de terreno y la construcción de una caseta para almacenar materiales, y que la licencia de urbanización solamente fue otorgada el 1 de febrero de 1996 con vigencia de 36 meses.

4.1.2.6. Sexta causal de nulidad absoluta

La fundamenta el apoderado de los convocantes en que sin haber mediado liberación de recursos ni autorización por parte de los beneficiarios, “Fiduciaria Alianza S.A.” procedió a cancelar a la firma “Inversiones García Ríos Ltda.” la suma de \$1.059'089.322,00 por voladura de roca, lo que constituyó el daño patrimonial de que da cuenta la “1a. causal de nulidad” por la conducta fraudulenta de ocultación del estudio de suelos.

4.1.2.7. Séptima causal de nulidad absoluta

El apoderado de los convocantes afirma que esta séptima causal se deriva de no haberse identificado por ubicación y linderos especiales, sino por número de casa y porcentaje de zonas comunes, cada uno de los inmuebles a que se refiere el contrato de Promesa de Cesión de Beneficios, y los de Cesión de Beneficios y Encargo Fiduciario que nacieron con fundamento en el primer contrato, siendo que la interpretación unánime del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 es la de que en tratándose de inmuebles su falta de determinación constituye causal de nulidad absoluta.

4.1.3. Hechos relacionados con la acción ordinaria de resolución por incumplimiento de la parte demandada de los tres contratos celebrados con Proplaza Lda. y Fiduciaria Alianza S.A.

4.1.3.1. Primera causal de incumplimiento de obligaciones de Fiduciaria Alianza S.A.

La refiere el apoderado de los convocantes a no haber presentado Fiduciaria Alianza S.A. el informe semestral de su gestión previsto en la cláusula décima octava del contrato de fiducia mercantil, contenido en la escritura pública 4237 de octubre 13 de 1993 de la Notaría Once del Círculo de Cali, “especialmente después del año 1996”, informe que no podía presentar por no estar al día los controles durante 1995 y 1996 a que se refiere el informe de los auditores externos de junio 6 de 1996.

4.1.3.2. Segunda causal de incumplimiento de obligaciones de Fiduciaria Alianza S.A.

El apoderado de los convocantes fundamenta esta “2a. causal” en el incumplimiento de obligaciones derivadas de las cláusulas primera y séptima del contrato de fiducia, específicamente por no haber propuesto la Fiduciaria en el proceso hipotecario que le adelantó Colmena la excepción derivada de haberse desembolsado los créditos sin el otorgamiento de las licencias de los servicios públicos; por no apelar la sentencia de primera instancia del Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, por no haber cobrado ejecutivamente a Proplaza Ltda. el valor de las casas que quedaron figurando a nombre de esta sociedad y por no haber informado “del problema de roca a los beneficiarios”, pese a conocer el estudio de suelos del Ingeniero Carlos Humberto Parra S.

4.1.3.3. Tercera causal de incumplimiento de las obligaciones de Fiduciaria Alianza S.A.

El apoderado de los convocantes afirma el incumplimiento de la Fiduciaria de las Cláusulas Primera y Octava del contrato de fiducia de administración contenido en la escritura 4889 de diciembre 1 de 1993 y Cuarta y Sexta del contrato de fiducia mercantil de garantía que consta en la escritura 4237 de octubre 13 de 1993, ambas de la Notaría Once de Cali, derivado de la falta de vigilancia de los contratos de Gerencia del proyecto, construcción e interventoría a que se refiere el informe de los auditores externos de junio 6 de 1996; de la autorización de pago por movimiento de tierras de “\$1.332.096.00 Mcte.” (sic) y no de los \$273.007.000 que se presupuestaron inicialmente; de haber recibido de los beneficiarios y de Colmena \$6.363.146.927 y haber invertido solamente \$5.557’500.000, de haber pagado a Proplaza el importe de la cesión y los honorarios completos al gerente del proyecto, a la constructora y a la interventora; y de no haber cobrado a Proplaza Ltda. los dineros por los derechos como

propietaria del 33% del proyecto pese al requerimiento del Comité Fiduciario reunido el 5 de septiembre de 1996 (Acta #32).

4.1.3.4. Cuarta causal de incumplimiento de las obligaciones de Fiduciaria Alianza S.A.

La hace derivar el apoderado de los convocantes del incumplimiento de la Cláusula Tercera del encargo fiduciario celebrado por Fiduciaria Alianza S.A. con cada uno de los beneficiarios, al pagar al Fideicomitente Proplaza Ltda. “todas las sumas derivadas” de los contratos de promesa de cesión de beneficios y de cesión de beneficios sin el cumplimiento de los requisitos estipulados en los mismos contratos, con lo que el representante de la Fiduciaria Alianza S.A. “ha incurrido en un abuso de la confianza que le depositaron cada uno de los beneficiarios para el manejo de los dineros que se le entregaron. (Art. 249 y 250 del C.P.)”.

4.1.3.5. Quinta causal de incumplimiento de las obligaciones de Fiduciaria Alianza S.A.

El apoderado de los convocantes la deriva del incumplimiento de la Cláusula Séptima del contrato de encargo fiduciario celebrado con cada uno de los beneficiarios, por la confabulación para no iniciar la Fiduciaria contra Proplaza Ltda. las acciones legales para el cobro de los dineros que esta última debía cancelar como propietaria del 33% del proyecto; por no apelar la sentencia de primera instancia en el ejecutivo con título hipotecario de Colmena contra Fiduciaria Alianza; por la contratación y pago a “Inversiones García Ríos Ltda.” de \$1.332.096.000 facturados por movimiento de tierra y voladura de roca; y por haber incumplido “con la obligación de rendir cuentas de su gestión”.

4.1.3.6. Sexta causal de incumplimiento de las obligaciones de Fiduciaria Alianza S.A.

Fundamenta esta causal el apoderado de los convocantes en lo dispuesto por el artículo 1234 del Código de Comercio, que enumera los “deberes indelegables” del Fiduciario, y afirma que Fiduciaria Alianza “no obró con la diligencia y cuidado suficiente, en el problema de la conformación rocosa del Lote de Terreno e irresponsablemente pagó sin consultar a los beneficiarios por movimiento de tierra la suma de \$1.332.096.600, en donde se encuentran incluidos los \$1.059.089.322 Mcte. del sobrecosto por voladura de roca”; con su silencio cómplice ayudó a ocultar a los beneficiarios el estudio de suelos del Ingeniero Carlos Humberto Parra; y “no defendió idóneamente los bienes del Fideicomiso

en los procesos de Colmena ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá” y “ante el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Cali” sin proponer “la excepción de mérito derivada de la forma irresponsable como Colmena desembolsó los dineros, dejando de cumplir con los requisitos establecidos en la carta protocolizada con la escritura #1833 de abril 17 de 1995 de la Notaría Once del Círculo de Cali”.

4.1.3.7. Primera causal de incumplimiento de las obligaciones por parte de Proplaza Ltda.

Afirma el apoderado de los convocantes que Proplaza Ltda. incumplió sus obligaciones como Fideicomitente, derivadas de la Cláusula Décima Primera del Contrato de Fiducia Mercantil de garantía contenido en la escritura pública #4237 de octubre 13 de 1993 de la Notaría Once del Círculo de Cali, al no pagar lo que le correspondía como propietaria del 33% del Proyecto (48 casas) y “por no contratar las pólizas de seguros”.

4.1.3.8. Segunda causal de incumplimiento de las obligaciones por parte de Proplaza Ltda.

Las deriva el apoderado de los convocantes de la Cláusula Novena del contrato de Fiducia de Administración contenido en la escritura pública No. 4889 de diciembre 1 de 1993 de la Notaría Once del Círculo de Cali, específicamente por el incumplimiento de lo estipulado en el numeral 4 de esa cláusula al no pagar las sumas que adeudaba como propietaria de 48 casas del Proyecto.

4.1.3.9. Tercera causal de incumplimiento de las obligaciones por parte de Proplaza Ltda.

Este incumplimiento lo refiere el apoderado de los convocantes a la parte final de la cláusula sexta del Contrato de Fiducia de Administración, contenido en la citada escritura pública 4889 de diciembre 1 de 1993, por cuanto afirma que Proplaza Ltda. inició la ejecución de obras sin el cumplimiento de todos los requisitos allí previstos de aprobación de licencia de construcción y del crédito por una entidad financiera, así como de la vinculación de cesionarios de beneficio por un número de unidades que represente el 70% del total del área privada construible en el inmueble.

4.1.3.10. Cuarta causal de incumplimiento de las obligaciones de Proplaza Ltda.

El apoderado de los convocantes funda esta cuarta causal en lo estipulado en el numeral cuarto de la Cláusula Décima Primera del contrato de Fiducia de Administración contenida en la mencionada escritura 4889 de 1993 de la Notaría 11 de Cali, ya que Proplaza Ltda. no efectuó pago de las cuotas de construcción que correspondan al porcentaje de los beneficios no cedido, equivalente al 33% del proyecto.

Al finalizar esta relación de hechos sobre los incumplimientos por parte de las sociedades convocadas que alega el apoderado de los convocantes, el mismo apoderado reitera que sus mandantes cumplieron con la obligación de pagar a Alianza Fiduciaria S.A. los dineros que tenían que cancelar tanto por los contratos de promesa de cesión de beneficios suscritos con Proplaza Ltda. como por las cuotas de construcción según el Anexo No. 1 de los contratos de Encargo Fiduciario que acordaron con Alianza Fiduciaria y, al efecto, presenta dos cuadros comparativos de las obligaciones de los convocantes frente a las sumas pagadas por ambos conceptos que “certifica Alianza Fiduciaria”.

4.1.4. Hechos relacionados con la acción ordinaria de disolución por mutuo disenso tácito de los contratos celebrados ante el incumplimiento recíproco de las obligaciones.

El apoderado de los convocantes manifiesta en este acápite que sus mandantes cumplieron con sus obligaciones “hasta que se dieron cuenta del engaño de que fueron objeto” por el ocultamiento del Estudio de Suelos de junio de 1993 y la falta de licencia de servicios públicos y, a su vez, el “proyecto de construcción se encuentra suspendido desde 1996 por parte de Proplaza Ltda. y Fiduciaria Alianza S.A.”. Concluye, entonces, que la “conducta de las partes involucradas en la celebración de los contratos de promesa de cesión de beneficios, de cesión de beneficios y de encargo fiduciario, es lo suficientemente indicativa de una **recíproca intención de disolución tácita de dichos Contratos**, con la devolución de lo que cada parte haya entregado, dejando sin ningún valor o efectos los pagarés y las cartas de instrucciones, que fueron suscritas por mis mandantes, en favor de Fiduciaria Alianza S.A., al momento de la celebración de los contratos de encargo fiduciario”.

4.1.5. Hechos relacionados con la acción ordinaria de indemnización de perjuicios derivada de la conducta a que se refieren las acciones de nulidad absoluta o, en defecto, de resolución.

En esta parte de su demanda, el apoderado de los convocantes parte de la base de que la responsabilidad contractual o extracontractual “comprende la responsabilidad de reparar los perjuicios causados”, lo cual comprende el “daño emergente” que en este caso lo constituye las sumas que los mandantes debieron cancelar al apoderado por sus servicios profesionales para iniciar la acción -(\$50.000.000 por los poderdantes iniciales y \$2.000.000 por cada uno de los últimos seis poderdantes)- y el 30% de lo que llegaren a recibir por la reclamación, más el “lucro cesante” consistente en los intereses de las sumas constitutivas del lucro cesante antes definido, “liquidados a la tasa máxima conforme lo establece el Art. 111 de la Ley 510/99”.

Agrega que el “monto de lo recuperado por cada uno de mis mandantes, deberá comprender “todas las sumas entregadas por concepto de cesión de beneficios y aportes para construcción, más “las sumas liquidadas por concepto de intereses y correcciones monetarias” de las anteriores cantidades; todo lo cual lo califica de “perjuicios materiales” derivados de la conducta a que se refieren los hechos en que se fundamenta la acción de nulidad absoluta, o en su defecto la acción de resolución o de resolución por mutuo disenso tácito.

En cuanto a los “perjuicios morales”, afirma que ellos se derivan del dolor sufrido por cada uno de los mandantes por la misma conducta de Proplaza Ltda. y Alianza Fiduciaria S.A. a que se refieren cada una de las acciones ordinarias propuestas. Por lo tanto, añade el apoderado, “se debe fijar la indemnización por concepto de perjuicios morales para cada Beneficiario, en el máximo previsto por la ley, teniendo en cuenta”:

- a)** Que, conforme al artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.
- b)** Que, según el artículo 2341 del Código Civil, el fiduciario responderá por todo daño imputable a culpa o dolo, por acción o por omisión.
- c)** Que de conformidad con el artículo 2536 del Código Civil, el fiduciario responderá por todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia.
- d)** Que, en sentencias de mayo de 1993, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “la indemnización por perjuicios morales subjetivos debe reparar la satisfacción síquica” y que “el daño moral subjetivo es indeterminable e incommensurable, pero corresponde a un dolor cierto, por lo que, aunque su

reparación completa no sea posible ni evaluable por peritos, debe recibir una compensación a satisfacción.”

4.2. Pretensiones de la demanda integrada

El Tribunal resume en el siguiente cuadro las pretensiones principales y subsidiarias formuladas por el apoderado de los convocantes:

4.2.1. Pretensiones principales de declaración de existencia de nulidad absoluta (I).	4.2.2. Primeras pretensiones subsidiarias de declaración de resolución (II)	4.2.3. Segundas pretensiones Subsidiarias de declaración de resolución por mutuo disenso tácito de los tres contratos celebrados (III).	4.2.4. Pretensiones principales en relación con la acción ordinaria de indemnización de perjuicios (IV).
1.- Declárense nulos de nulidad absoluta tanto por objeto ilícito como por omisión de requisitos o formalidades que las leyes prescriben para su validez en consideración a la naturaleza de los actos o contratos: a) Cada uno de los contratos relacionados de promesa de cesión celebrados entre los mandantes y Proplaza Ltda.	1.- Para el caso que "resulte imprós-pera" la (I) pretensión se declare la resolución de los siguientes contratos: a) De cada uno de los contratos de promesa de cesión celebrados entre los mandantes y Proplaza Ltda. b) Cada uno de los contratos de cesión de beneficios que celebraron los mandantes con Proplaza Ltda. c) De cada uno de los contratos de encargo fiduciario que celebraron los	1. Para el caso que "resulte imprós-pera" la anterior pretensión subsidia-ria (II), solicito en subsidio se decla-re la resolución por mutuo disenso tácito de las partes de los siguientes contratos: a) De cada uno de los contratos de promesa de cesión de beneficios que celebraron los mandantes con Pro-plaza Ltda. b) De cada uno de los contratos de cesión de beneficios que celebraron	1. Declárase a Proplaza Ltda. y a Alianza Fiduciaria S.A., civil y profe-sionalmente responsables, de ma-nera solidaria, de todos los perjuicios materiales y morales sufridos por los mandantes derivados de los derechos en que se fundamenta la acción de nulidad absoluta propuesta o en su defecto la acción de resolu-ción por incumplimiento o en su de-fecto la acción de resolución por "disenso tácito", ya provengan de

b) Cada uno de los contratos relacionados de cesión de beneficios celebrados entre los mandantes y Proplaza Ltda. c) Cada uno de los contratos relacionados de encargo fiduciario celebrados entre los mandantes y Fiduciaria Alianza S.A. hoy Alianza Fiduciaria. 2.- Que como consecuencia de cada una de las declaraciones se declare que cada uno de los contratos mencionados no tienen ningún valor o efecto y se ordene que las cosas vuelvan al estado de antes de su celebración. 3.- Que se ordene a Alianza Fiduciaria y a Proplaza Ltda. restituir a los demandantes todas las sumas	mandantes con Fiduciaria Alianza S.A. hoy Alianza Fiduciaria S.A. 2.- Previamente a la anterior declaración, se tiene que declarar que tanto Alianza Fiduciaria S.A. como Proplaza Ltda. incumplieron sus obligaciones. 3.- Que como consecuencia de esta pretensión subsidiaria, se condene a Alianza Fiduciaria S.A. y a Proplaza Ltda. a restituir todas las sumas recibidas dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoría de la sentencia, computándose intereses y corrección monetaria a partir de la entrega de los dineros respectivos. 4.- Se declare que por parte de los demandantes no hay lugar a restitución alguna ya que nada recibieron de la parte demandada.	los mandantes con Proplaza Ltda. c) De cada uno de los contratos de encargo fiduciario que celebraron los mandantes con fiduciaria Alianza S.A. 2. Como consecuencia de esta pretensión se condene a Alianza Fiduciaria S.A. y a Proplaza Ltda. a restituir a los demandantes, en forma solidaria, todas las sumas recibidas y relacionadas en el término de cinco días siguientes a la ejecutoría de la sentencia, computándose intereses y corrección monetaria a partir de la entrega de los dineros respectivos. 3) Como consecuencia de esta pretensión subsidiaria, se condene a Alianza Fiduciaria S.A, a restituir o devolver en forma solidaria a todos	dolo o culpa, por acción o por omisión. 2. Condénase a Proplaza Ltda. y a Alianza Fiduciaria S.A. a pagar a cada uno de los mandantes los perjuicios materiales y morales, así: <u>Perjuicios materiales:</u> a) <u>Por concepto de daño emergente:</u> 1. Derivado de la Cláusula Tercera del contrato de prestación de servicios la suma de \$1.300.000 a cada uno de los mandantes iniciales y de \$2.000.000 a cada uno de los seis mandantes adicionales. 2. Derivado de la Cláusula Segunda de contrato de prestación de servicios, las sumas que correspondan al 30% de lo recuperado por cada uno de los mandantes y que establezca la prue-
--	--	---	---

recibidas relacionadas junto con los intereses liquidados conforme al art. 111 de la Ley 510/99 y la corrección monetaria, desde la fecha de la en- trega, y dentro de los cinco días si- guientes a la ejecutoría de la senten- cia.	5.- Que se ordene dejar sin ningún va- lor o efecto los pagarés y las cartas de instrucciones firmados por los mandantes a favor de Fiduciaria Alianza S.A., hoy Alianza Fiduciaria S.A. 6.- Condénase a Proplaza Ltda. y a Alianza Fiduciaria a pagar a cada uno de los mandantes, en forma solidaria, los perjuicios materiales y morales li- quidados conforme se solicita en la pretensión IV de la demanda.	los demandantes, todas las sumas recibidas y relacionadas junto con intereses liquidados conforme lo establece el artículo 111 de la Ley 510/99 y la corrección monetaria, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoría de la sentencia, a partir de las fechas de entrega de los dineros respectivos.	ba pericial solicitada.
4.- Se declarará que por parte de los demandantes no hay lugar a restitución alguna ya que nada reci- bieron. 5.- Que se ordene dejar sin valor o efecto los pagarés y las cartas de instrucciones firmados por los man- dantes como beneficiarios del fidei- comiso. 6.- Declárase a Proplaza Ltda. y a Alianza Fiduciaria S.A. civil y profe- sionalmente responsables de mane- ra solidaria de todos los perjuicios	7.- Que se condene a la parte deman- dada a pagar las costas del proceso, como también los perjuicios ocasiona- dos, liquidados conforme a la preten- sión IV de la demanda.	4) Se declarará que por parte de los demandantes no hay lugar a restitu- ción alguna, ya que no recibieron nada de la parte demandada. 5) Que se ordene declarar sin ningún valor o efecto todos los pagarés y cartas de instrucciones firmados por los mandantes a favor de Alianza Fiduciaria. 6) Declárase a Alianza Fiduciaria S.A y Proplaza Ltda. civil y profesional-	b) <u>Por concepto de lucro cesante:</u> 1. Derivado de la Cláusula Tercera del contrato de prestación de servi- cios los intereses de la suma de \$1.300.000 a cada uno de los man- dantes iniciales y de \$ 2.000.000 a los mandantes adicionales, liquidados a la tasa máxima conforme lo esta- blece el artículo 111 de la Ley 510/99. 2. Derivado de la Cláusula Segunda del contrato de prestación de servicios "las sumas que correspondan al 30% de lo recuperado por cada uno" de los mandantes y que establezcan los peritos, "deben ser condenados a pagar a cada uno de los mandantes a partir del sexto día siguiente a la ejecutoría de la sentencia, y hasta su pago total los intereses liquidados

materiales y morales sufridos por los mandantes, provengan de dolo culpa, por acción o por omisión. 7.- Condénase a Proplaza Ltda. y a Proplaza Ltda. y a Alianza Fiduciaria a pagar los perjuicios conforme se solicita en la pretensión IV de la demanda. 8.- Que se condene a la parte demandada a pagar a los mandantes las costas del proceso incluidas las agencias de derecho.	mente responsable de todos los perjuicios materiales y morales sufridos por los mandantes. 7) Condénese a Proplaza Ltda. y a Alianza Fiduciaria S.A, a pagar a cada uno de los mandantes los perjuicios materiales y morales, liquidados conforme se solicita en la pretensión IV de la demanda. 8) Que se condene a la parte demandada a pagar a los mandantes las costas del proceso, incluidas las agencias en derecho.	conforme lo establece el artículo 111 de la Ley 510/99. <u>Perjuicios morales:</u> El dolor sufrido por cada uno de los mandantes, tanto los iniciales como los "cinco" que se adicionaron por la conducta de Proplaza Ltda. y Alianza Fiduciaria S.A, a que se refieren cada una de las acciones ordinarias propuestas, "no es susceptible de valoración económica". "Solicito fijar la indemnización por concepto de perjuicios morales para cada beneficiario en el máximo previsto por la Ley"
---	--	--

CAPITULO V

Contestación de la demanda por la convocada Alianza Fiduciaria S.A. y excepciones propuestas

5.1 A los hechos comunes a todas las acciones

Al contestar la solicitud o demanda arbitral, el apoderado de la convocada “Alianza Fiduciaria S.A.” acepta la transferencia del lote de terreno hecha por Fiduanglo y la constitución del patrimonio autónomo Fideicomiso ADM-431 Terrazas de Chipichape Alianza, transcribe la cláusula cuarta de la escritura pública 4237 de 13 de octubre de 1993 que afirma se mutila por la parte actora, y

concluye que el contrato es el de Fiducia de Administración y garantía con Instrucciones Especiales y no es una Fiducia Inmobiliaria ni a resultado. La Fiduciaria no fue promotora ni constructora, los que construyen son los fideicomitentes. Los mandantes ostentan la calidad de cesionarios de beneficio. No existieron instrucciones o formatos unilaterales, eran de mutuo acuerdo, previa negociación, y las inversiones las hizo la Fiduciaria cumpliendo instrucciones del comité Fiduciario designado por la Asamblea de Cesionarios del Beneficio. El presupuesto fue elaborado por Proplaza como promotora del Proyecto Terrazas de Chipichape y lo dio a conocer a los cesionarios del beneficio, y aunque es cierto la firma del pagaré y la carta de instrucciones, ello obedeció a las obligaciones de los cesionarios del beneficio de aportar todas las sumas necesarias, directamente o por medio de crédito, para la ejecución por su cuenta y riesgo del Proyecto, y todos los actores incumplieron su obligación de aportar todos los dineros necesarios para construirlo.

5.2 A los hechos relacionados con las causales de nulidad absoluta por objeto ilícito.

En cuanto a la primera causal, el estudio de suelos elaborado por el Ingeniero Carlos Humberto Parra en junio/93 fue contratado por Proplaza Ltda. y en el contrato y en el estudio no existió intervención alguna de Alianza Fiduciaria.

No existió fraude ni actitud ilícita alguna, y la respectiva denuncia penal de muchos de los solicitantes del Tribunal fue resuelta por la fiscalía 3a. de Guadalajara de Buga en “fallo absolutorio” que anexa en copia simple y constituye cosa juzgada. El estudio de suelos fue plenamente conocido desde la primera Asamblea de Cesionarios del Beneficio y siempre fue tema del Comité Fiduciario como órgano máximo del Proyecto.

La Fiduciaria no contrató el estudio ni lo conoció en la fecha que se cita-junio de 1993- y no era su obligación conocerlo. Sus obligaciones están contenidas en el contrato matriz de la escritura pública 4889 de 1 de diciembre de 1993 de la Notaría 11 de Cali.

Beal Ltda. fue designada por instrucciones de Proplaza Ltda., aceptado por todos en los contratos de promesa y de cesión de beneficios y ratificado por la Asamblea #1 de Cesionarios de Beneficio. “La excavación, voladura de rocas y movimiento de tierras duró más de un (1) año. El señor Libardo Soto es parte interesada, como esposo de María Elena Giraldo, cesionaria de beneficios y

miembro activo del Comité Fiduciario; y el señor Fabio Alvarez G. hacía parte del mismo Comité Fiduciario”.

En lo referente a la “2da. Causal”, contesta que para iniciar un proyecto lo que exigía la ley era la “disponibilidad de servicios públicos” y con base en ello Control Físico Municipal expedía los permisos correspondientes, todo lo cual era del resorte de Proplaza Ltda. como promotor y ejecutor. Es así como Emcali expide el 11 de octubre de 1993 la posibilidad de servicios para alcantarillado y acueducto número 781 y otorga en septiembre 27 de 1993 los datos básicos para energía. La sociedad Proplaza Ltda. “aportó recibo de Caja #539769 del 12 de septiembre de 1995, con el cual se pagan los Derechos de Conexión de Energía para las 37 primeras unidades”. Proplaza Ltda. inició la construcción de las viviendas a partir del primer semestre de 1995, una vez obtuvo la licencia, y quien aprobó el contrato de movimiento de tierras fue el Comité Fiduciario, de acuerdo con las Actas números 2 y 3 de 28 de abril y junio 2 de 1994, respectivamente, luego se realizó un otrosí de ese contrato tomando las cantidades de obra reales como consta en las Actas 15 y 18 de fechas 13 y 24 de julio de 1995, respectivamente.

Por lo que respecta a la “3a. causal” contesta que los dineros los recibió el Fideicomiso ADM-0431 Terrazas de Chipichape, representado por Alianza Fiduciaria, y que hay confusión entre inversión en obra y avalúo comercial y es grave error el actualizar el valor del dinero ya invertido en el proyecto.

En cuanto a la “4a. causal” contesta que todos los pagos fueron autorizados por la Asamblea #1 de cesionarios de Beneficio y en avances de construcción por el Comité Fiduciario, la Gerencia del Proyecto y el Interventor. La Fiduciaria atendió las ordenes de giro de conformidad con los contratos.

La “5a. causal” se contesta diciendo que la Asamblea de Cesionarios de Beneficio, dueños del proyecto, fue la que autorizó el inicio de las obras como máxima autoridad.

En la respuesta a los hechos de la “6a. causal” se reafirma que la Fiduciaria sólo inició pagos una vez se cancelaron los derechos de la licencia de construcción y cumpliendo instrucciones de la Asamblea de Cesionarios y del Comité Fiduciario. Sobre la “7a. causal” se contesta que los derechos son bienes muebles sobre un proyecto, el cual hay que ejecutar, y “de haberse llevado a éxito, se cristalizaría en un inmueble”.

5.3 A los hechos relacionados con la acción de resolución por incumplimiento de la parte demandada de los tres contratos.

Se contesta que Alianza Fiduciaria no incumplió sus obligaciones y “rindió informes hasta la suspensión del proyecto en 1996 por decisión de la Asamblea de Septiembre y Octubre de ese mismo año y asambleas posteriores”.

En cuanto a la “2a. causal” de incumplimiento, se contesta que las obligaciones de la cláusula 7 de la escritura pública 4889 de diciembre 1 de 1993 de la Notaría 11 de Cali están contenidas en 10 numerales y solo se traen 4, omitiendo el 10 que dice “suscribir por cuenta del Fideicomitente y/o de los Cesionarios de Beneficio los Contratos de Gerencia del Proyecto, construcción e Interventoría”. Los desembolsos eran decisión de Colmena y no de la Fiduciaria, se solicitó autorización a la Asamblea para cobrarle jurídicamente a todos los cesionarios pero no se otorgó, los hoy accionantes son deudores del Fideicomiso por los créditos otorgados por Colmena.

Por lo que respecta a la “3a causal” de incumplimiento de Alianza, se contesta que los contratos se suscribieron por cuenta del Fideicomitente y/o los Cesionarios de Beneficio, pero es falso que la Fiduciaria tenía que vigilarlos y responder, pues esta era obligación de los dueños del proyecto representados por el Comité Fiduciario. En la transcripción de la cláusula octava de la citada escritura pública 4889 de 1993 se omitió “. . . y efectuar la transferencia de las unidades resultantes cuando el Fideicomiso se liquide. En virtud de la naturaleza del Fideicomiso objeto de este contrato, la Fiduciaria no se hace responsable por la estabilidad de la obra, calidad de la misma, plazos de entrega, precio y demás obligaciones relacionadas con el proyecto, las cuales asumen íntegramente el Fideicomitente y/o los Cesionarios del Beneficio”.

Al contestar la “4a causal” de incumplimiento de las obligaciones de la Fiduciaria Alianza S.A., se atiene a las certificaciones de recibos de dinero expedidas por el representante legal de Alianza Fiduciaria, pero es claro que los dineros ingresaron al Fideicomiso o Patrimonio Autónomo.

En lo referente a la “5a causal” de incumplimiento, se contesta que se apela lo apelable, pero “no se debe hacer uso de recursos legales para dilatar un proceso” y Alianza “cancelo los valores de acuerdo a las condiciones del contrato y la sociedad Proplaza Ltda. consultó previamente al Comité Fiduciario”.

Sobre la “6a. causal” de incumplimiento de las obligaciones de Fiduciaria Alianza, se reitera que la Fiduciaria ni contrató ni ejecutó el estudio de suelos y “qué excepciones se pueden proponer ante dineros adeudados por créditos de construcción”.

En cuanto a las cuatro causales del incumplimiento por parte de Proplaza Ltda., contesta que no le constan y deben ser objeto de prueba. Recalca que Alianza Fiduciaria S.A. no era dueña del proyecto, no es constructora, y solo tenía que ejecutar las instrucciones de la Asamblea y del Comité Financiero. La “obligación de aportar los pagos por cuotas de construcción fue incumplida por Proplaza Ltda. y por los Cesionarios de Beneficio incluyendo los hoy demandantes y por esto fracasó el proyecto”.

5.4 A los hechos relacionados con la acción ordinaria de disolución.

Contesta la convocada Alianza Fiduciaria S.A. que “mal puede argüirse ‘mutuo disenso’ cuando los Cesionarios de Beneficio son los dueños del Proyecto. Los mandantes se obligaron a aportar todos los dineros para la construcción del proyecto Terrazas de Chipichape, o sea no solo los del cuadro, sino todo lo necesario y eran y son solidarios. Una cosa es presupuesto y otro costo real. Era un proyecto al costo. “Es cierto que el proyecto se suspendió desde 1996 por decisión de la Asamblea de Cesionarios de Beneficio. . . debe tenerse en cuenta que la Fiduciaria no era ni es la propietaria del proyecto”.

5.5 A los hechos que tienen relación con la acción ordinaria de indemnización de perjuicios.

Contesta la convocada Alianza Fiduciaria que, en su mayoría, no son hechos sino manifestaciones del apoderado, y deben negarse. No hay lugar a perjuicios morales, el proyecto fracasó porque los dueños (Cesionarios de Beneficio), no aportaron los dineros necesarios para su ejecución.

Concluye el apoderado de la convocada Alianza Fiduciaria que deberá el Tribunal, en el caso remoto de ser instalado no obstante haberse extinguido los efectos de la cláusula compromisoria, por efecto de la convocatoria del Tribunal anterior, “rechazar todas y cada una de las pretensiones de los actores” y condenarlos al pago de los costos del proceso, oponiéndose expresamente a la solicitud de entregar los originales de todos los pagares y cartas de autorización,

donde están contenidas las obligaciones a cargo de los Cesionarios de Beneficio hoy incumplidos.

5.6 Excepciones de mérito propuestas

El apoderado de la convocada Alianza Fiduciaria S.A. presenta quince excepciones de mérito, a saber:

1.- Extinción o agotamiento de la cláusula compromisoria, “por no haber consignado los honorarios y gastos del primer Tribunal (Octubre 6 de 1999) lo que ocurrió hace más de tres (3) años”.

2.- Autonomía de los derechos y obligaciones que se derivan o tienen fuente en el contrato fiduciario, promesa de cesión de derechos, cesión de derechos de beneficio y encargo fiduciario, que fueron contratos autónomos y bilaterales. Alianza Fiduciaria celebró contrato fiduciario inicialmente con Proplaza Ltda. el cual fue desarrollado por los diversos contratos de interventoría, movimiento de tierras, excavación, construcciones, necesarias para la ejecución del proyecto, “pero en ellos y en todas las demás la Fiduciaria actúo como representante del Fideicomiso y cumpliendo instrucciones del Comité Fiduciario y de la Asamblea de Cesionarios de Beneficio”.

3.- Excepción de contrato no cumplido, por parte de los cesionarios, siendo la principal la de aportar los dineros para la ejecución del proyecto (fiducia al costo), “lo que generó el colapso financiero, porque sin recursos no se puede construir. . . nunca existieron facultades de dirección en Alianza Fiduciaria como vocera del Fideicomiso”.

4.- Culpa propia Incumplimiento de los Convocantes (Cesionarios de Beneficio), al no aportar los dineros necesarios para la ejecución del proyecto, ni subrogarse en su parte proporcional de los derechos de beneficio en el crédito de constructor y suspender las obras por decisión de las Asambleas de septiembre y octubre de 1996.

5.- Alianza Fiduciaria S.A. no ha incurrido en mora de cumplir sus obligaciones. Alianza “ha cumplido todas las obligaciones que están estipuladas en la escritura pública #4237 y en la 4889, las mismas sobre la Fiducia, los Contratos de Encargo y en general todo acto o relación contractual a la cual ha concurrido como parte”.

6.- Carencia de derecho sustancial de los convocantes, que “carecen de Derecho Sustancial que les sirva de sustento para que las pretensiones de la demanda prosperen”.

7.- Inexistencia de perjuicios, pues de los demandantes dependía exclusivamente la ejecución del proyecto y por decisiones de la Asamblea se dio su inicio y se suspendió, mal pueden reclamar perjuicios a terceros que carecían de autonomía y de capacidad de decidir. Son los cesionarios los llamados a responder de sus propios incumplimientos. Existe un fallo de la justicia penal que trajo no solo la exoneración total, “sino también la manifestación de haber cumplido Alianza Fiduciaria con sus deberes y obligaciones”.

8.- Existencia de contratos válidamente celebrados, en los que están determinados los derechos y obligaciones de Alianza Fiduciaria S.A., y sus facultades que “en regla general eran de dependencia del Comité Fiduciario y de la Asamblea de Cesionarios de Beneficio”. La “base de esta acción es la relación contractual, en la cual las partes asumieron mutuamente obligaciones dando Alianza cumplimiento a las de su cargo”.

9.- La inversión de los dineros entregados a Alianza Fiduciaria que, como vocera del Fideicomiso, entregó a Proplaza Ltda. el valor de la cesión y los costos directos e indirectos de la construcción, dineros que se encuentran en las obras que se adelantaron hasta el momento en que los cesionarios de beneficios decidieron abstenerse de hacer los pagos a los cuales se habían obligado. No puede acogerse, entonces, la pretensión de que Alianza devuelva incrementados los dineros que recibió de los cesionarios, “fingiendo que no se hubieran adelantado las obras que hoy existen y que los titulares de los derechos sobre las mismas son los mismos integrantes del Tribunal”.

10.- Limitación de la responsabilidad de Alianza Fiduciaria, cuyas obligaciones, derechos y facultades “están determinados y limitados en los contratos y a ellos se circunscribe la responsabilidad de mi mandante”.

11.- Limitación de la cuantía de la responsabilidad de Alianza Fiduciaria S.A., derivado de que “el monto de los perjuicios a que eventualmente tuvieran derecho el fideicomitente o los cesionarios de beneficio es caso de incumplimiento por

parte de la Fiduciaria, fueron tasados anticipadamente y por lo tanto cualquier condena debe limitarse a tal estimación”.

Tal tasación la remite el apoderado de Alianza Fiduciaria a la cláusula penal contenida en la cláusula vigésima primera de la escritura pública 4889 de 1 de diciembre de 1993 según la cual *“en caso de declaración de incumplimiento del presente contrato, de declaración de condena de perjuicios, cualquiera que sea su causa, a favor del fideicomitente y/o de los cesionarios del beneficio con ocasión de la ejecución de este contrato la fiduciaria pagará a éstos a título de cláusula penal una suma igual al 50% de las sumas que haya recibido como honorarios o comisiones dentro de los últimos seis meses contados a partir de los hechos o actos que originen la condena. . .”*. Esta cláusula no ha sido declarada nula ni inexistente, en ella se regulan intereses de orden patrimonial que *“son de libre disposición según dispone el artículo 15 del Código Civil”*, y todos los demandantes en el contrato de cesión de beneficios *“manifestaron conocer y aceptar el contrato que contiene la escritura pública No. 4889 dentro del cual está el texto antes transcrito que constituye el límite máximo cuantitativo de una eventual condena en contra de Alianza Fiduciaria”*.

12.- Excepción de hecho propio de los accionantes ausencia de culpa y de toda responsabilidad de Alianza Fiduciaria.

Como fundamento de esta excepción de la convocada Alianza Fiduciaria, el apoderado reitera que en el Contrato de Fiducia al costo los cesionarios de beneficio asumen el objetivo de llevar a cabo un proyecto, en este caso Terrazas de Chipichape, obligándose a aportar todos los dineros necesarios para el cumplimiento de su meta, pero adicionalmente la Dirección y Administración de Beneficiarios, la cual delegó algunas funciones en el Comité Fiduciario, también integrado en su totalidad por beneficiarios (interesados), quienes toman las decisiones de todo tipo, como la de iniciar el proyecto de construcción con pleno conocimiento administrativo y técnico.

Añade que, en virtud de la denuncia penal que se instauró contra el representante legal de Alianza Fiduciaria, doctor Felipe Ocampo Hernández, y otros, la Fiscalía Tercera delegada ante el Tribunal Superior de Guadalajara de Buga en decisión del 25 de enero de 2001, Resolución No. 001 de segunda instancia, precluyó la investigación, y transcribe apartes de la providencia citada en las que la Fiscalía considera:

“... el cesionario tiene un conocimiento pormenorizado de la inversión, desde el mismo contrato de promesa en donde se le informaba que iban a construir su casa al costo, “pero que de igual manera correrían con toda la responsabilidad del proyecto”.

“Esta Asamblea, como las efectuadas de allí en adelante, tenían la asesoría del Comité Fiduciario, el cual se reunía con las personas responsables del proyecto, recibiendo la información correspondiente, . . . “no eran ajenos a nada, siempre tuvieron el informe a primera mano de las dificultades que se generaban o del avance de la obra”.

“Fiduciaria Alianza y específicamente su representante doctor Felipe Ocampo Hernández, no tenía dentro de sus funciones la consecución de la licencia de construcción, es decir que su función de responsabilidad no se encuentra en el ámbito técnico, pues sólo le correspondía la administración de los recursos financieros del proyecto”.

“No se ve el deseo de perjudicar a quienes se vincularon como inversionistas dentro del Fideicomiso. Cuando se elevaron los costos, se brindó también la posibilidad de que los cesionarios del beneficio, inconformes con tal situación, cedieran sus derechos”.

“El señor Felipe Ocampo, en su condición de Gerente de la Fiducia, dio a los dineros el uso adecuado, no apropiándose en provecho suyo o de un tercero de los mismos, es decir, les dio el destino previo, erogando conforme a la necesidad de la obra y a la solicitud oportuna de Proplaza, siempre mantuvo un cuidado pertinente y cuidadoso, pero en el evento de no haberlo hecho con tal dedicación y llegara al campo del descuido o la negligencia, no se podría contabilizar tal conducta como proveniente de una responsabilidad dolosa”.

“Como decir que había un desconocimiento de los cesionarios sobre la serie de problemas que se estaban presentando en el terreno, ello no puede ser así, por cuanto el Comité Fiduciario recibía en forma permanente informes de cómo se estaba desarrollando la construcción o el movimiento de tierras y las gastos que se estaban ocasionando, así se desprenden las actas que se encuentran anexas al proceso en cuaderno separado”.

A este propósito, la Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá y Cundinamarca, en providencia del 4 de marzo de 1999, con relación al contrato de promesa de cesión de beneficio. . . dice: *“En este sentido no se ve el engaño de que hablan los denunciantes cuando dicen desconocer el verdadero alcance del contrato en relación con la Fiducia. Hasta aquí en virtud de este contrato no se entrevé indicio alguno de mala fe, conducta dolosa, el ocultamiento de la verdad, el engaño o la mentira por parte de Fiduciaria Alianza en cabeza de su representante legal para con los inversionistas.*

Esos contratos, ya mencionados, establecieron mecanismos de control y vigilancia emanados de la propia Asamblea de Cesionarios de Beneficio, tales como el Comité Fiduciario y la propia Asamblea, los cuales en el desarrollo del proyecto introdujeron cambios radicales, autorizando decisiones que de buena o mala forma afectaron el desarrollo de la obra y la aplicación del capital, así como las adiciones presupuestales y los desembolsos que debían hacerse por los fortuitos eventos que se presentaron por concepto del movimiento de roca.

El Comité Fiduciario era quien debía velar a cabalidad por los intereses de sus representados y aparentemente así lo hicieron, pudiéndose ver tal actitud al hacer un seguimiento pormenorizado de las actas contenidas en los anexos probatorios. A la Financiera Alianza S.A. y específicamente a su Gerente, el doctor Felipe Ocampo Hernández... no fue posible detectarle propósito avieso en su conducta... El doctor Ocampo Hernández requirió en el momento oportuno por morosidad en sus aportes a la propia firma Proplaza, una vez se suspendan las obras, por voluntad de la Asamblea. . .”

Sólo cuando el dinero solicitado fue notoriamente superior a lo proyectado, que hacía imposible continuar sufragando los costos de la obra, la Asamblea opta por suspenderla, pero el compromiso existía en el sentido de que habían firmado un contrato de Fiducia al costo.

Concluye el apoderado destacando la importancia del análisis de la Fiscalía Tercera y las obligaciones de Alianza *“como bien conceptúa el Fiscal fueron debidamente cumplidas, mal puede por tanto ser la llamada a resarcir unos errores o perjuicios presuntamente generales en el proyecto, cuando el inicio, la ejecución y el avance siempre fue decisión de los cesionarios de Beneficio, quienes incumplieron el compromiso porque no aportaron los dineros necesarios para su terminación a pesar de conocer que era una fiducia al costo”.*

13.- Ausencia de causa y objeto ilícito, en el sentido de que “es claro el pronunciamiento de la jurisdicción penal y que constituye cosa juzgada con el cual está demostrado plenamente la ausencia de causa y objeto ilícito”.

14.- “Prescripción”, sin motivación distinta al enunciado.

15.- Además de las anteriores “cualesquier otra excepción que resulte probada en el proceso”.

CAPITULO VI

Contestación de la demanda por el curador ad litem de la convocada Proplaza Ltda. y excepciones propuestas

6.1. A los hechos comunes a todas las acciones.

El curador se atiene a lo expresado en la escritura No. 4237 de octubre 13 de 1993 de la Notaría 11 del Círculo de Cali y a lo que resulte probado en el proceso.

6.2. A los hechos que tienen relación con la acción ordinaria de nulidad absoluta de los contratos por objeto ilícito.

Los determinados en los literales a, b y c no son hechos sino afirmaciones del demandante que deberán ser probados en el proceso.

En lo relativo a la primera causal, los numerales 1 al 10 constituyen en su gran mayoría opiniones personales del demandante.

En cuanto a la segunda causal el estudio de suelos del Ingeniero Carlos Humberto Parra y las demás intervenciones de Oficinas del Municipio y de Emcali siguen constituyendo opiniones personales del actor, ninguno de esos hechos le consta y deberán probarse en el proceso.

La tercera causal constituye una mezcla de capitales iniciales aportadas por los beneficiarios y por Colmena, subjetivamente actualizados para terminar diciendo que no está representado en el avance de la obra. “Es una esquizofrénica mezcla de conceptos, muy difícil de contestarlos para un curador” y “simplemente exigió que los numerales contemplados del 1 al 11 y con ordinales hasta la letra h) se prueben debidamente”.

En la cuarta causal continúan siendo conceptos subjetivos del actor los numerales 2º, 3º y 4º constituyen el reconocimiento “de que se trataba de un contrato de cesión de beneficios, por una parte y de Encargo Fiduciario por otra”. Los contratos de promesa deben cumplir los requisitos señalados por el artículo 89 de la Ley 153 del 87 para que produzcan obligaciones, están sujetos a una condición y no podrá exigirse la obligación sino cuando se haya cumplido completamente la condición, como dice el artículo 1542 del C.C., y el contrato es sobre derechos y venta de cuerpo incierto puesto que “en ninguno de ellos se dice expresamente sobre cual bien inmueble va a recaer la obligación”.

En la quinta causal sigue el demandante “obsesionado con los adjetivos calificativos”, lo cual saca el debate de los hechos jurídicos a los hechos conceptuales, y deben probarse “por que no me constan”.

En la sexta causal no le constan los hechos mencionados en los 7 numerales y “exijo que sean debidamente aprobados”.

En lo referente a la séptima causal “en ninguna parte se exige, ni hay jurisprudencia alguna al respecto que obligue a señalar linderos en Contratos Genéricos de Beneficios, y mucho menos en el Encargo Fiduciario”.

6.3. A los hechos relativos al incumplimiento de las obligaciones por parte de las demandadas.

Con el título de primera causal de incumplimiento de las obligaciones de Alianza Fiduciaria S.A., el demandante expresa su concepto personal sobre esas obligaciones y el incumplimiento de todas ellas, y como Curador informa que desconoce todos estos hechos y “están a lo que resulte aprobado en el expediente”.

En lo relativo a las causales de incumplimiento por parte de Proplaza Ltda., el Curador nuevamente exige que se prueben en el expediente y advierte que “si en gracia de discusión puede decirse que hubo incumplimiento por una de las partes, esto no quiere decir que la otra haya cumplido, puesto que también pudo haber incumplido como lo afirma más adelante el mismo actor”.

6.4. A los hechos que tienen relación con la acción ordinaria de disolución por mutuo disenso tácito de los tres contratos.

Expone el curador que la afirmación del actor debe ser establecida por el análisis del “anexo primero” y constituye la confesión de que sus poderdantes incumplieron el contrato.

6.5. A los hechos que tienen relación con la acción ordinaria de indemnización de perjuicios.

Contesta el Curador que los hechos enumerados del 1 al 8 inicialmente y posteriormente los señalados como daño emergente y lucro cesante “constituyen conceptos personales de la abogada demandante que posteriormente rebatiré”.

6.6. Contestación a las pretensiones de la demanda.

Se opone el curador a que “se declare nulo por objeto ilícito el contrato celebrado con Proplaza Ltda., ya que ninguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del acto ha sido incumplido”.

Igualmente, se opone a las declaraciones acerca del incumplimiento de la parte demandada y afirma que no es posible aceptar que “un mismo hecho pueda dar lugar a una pretensión subsidiaria totalmente contraria a la principal... no es posible aceptar que se pueda plantear como pretensión principal la nulidad y como subsidiaria de aquella el incumplimiento”.

En lo relativo a la declaración judicial de resolución por mutuo disenso tácito expresa que “si realmente hubo disenso (sic) tácito por las dos partes mal puede hablarse de responsabilidad para una de ellas, la responsabilidad debe ser para las dos... el disenso (sic) de uno purga las obligaciones que en su contra pudiera hacer el otro”.

Sobre las pretensiones principales relacionadas con la acción ordinaria de indemnización de perjuicios, el curador afirma que es una nueva demostración de la indebida acumulación de pretensiones al solicitar la condena de perjuicios de los demandados por la nulidad absoluta propuesta o en su defecto la acción de resolución por incumplimiento de la parte demandada.

6.7. Excepciones perentorias propuestas.

Plantea el curador, con apoyo en el libro “La Resolución del Contrato por Incumplimiento” de José Melich-Orsini, las tres excepciones siguientes:

1.- Indebida acumulación de acciones

El excepcionante la hace consistir en que las acciones propuestas por el actor son absolutamente contradictorias. “Si el contrato era nulo, como se puede pedir subsidiariamente que se declare el incumplimiento de la parte demandada, porque si era nulo lo era para las dos partes y mal puede producir perjuicios a favor de una de ellas. Más aún cuando el mismo actor confiesa que hubo disenso tácito de la parte que representa”.

2.- Validez del contrato

Expone el curador que “la falla señalada por el actor no está comprendida dentro de los requisitos indispensables que se deben cumplir en un contrato de cesión de beneficios o en un contrato de encargo fiduciario, ambos son contratos personales y sobre cosas muebles, por lo tanto, si el contrato cumplió con todos los requisitos de ley no puede considerarse nulo”.

3.- Tipicidad de la acción de resolución

Cita aquí el excepcionante al tratadista antes mencionado para concluir que ‘tiene que demostrarse y comprobarse en los contratos bilaterales el incumplimiento de uno y el cumplimiento de otro, esta es la tipicidad de la acción de incumplimiento... no se puede alegar incumplimiento cuando la otra parte no ha cumplido... En el caso de autos el incumplimiento ha sido señalado por el demandante como subjetivo, ya que él mismo dijo en alguno de los apartes de la confusa, profusa y difusa demanda que sus clientes han incumplido la obligación porque consideraron que era imposible el cumplimiento de los otros contratos”.

CAPITULO VII

Demanda de Reconvención

Con la contestación de la demanda de convocatoria del Tribunal de Arbitramento, el apoderado de la convocada Alianza Fiduciaria S.A. presentó demanda de reconvención contra los convocantes y la fundamentó en los siguientes hechos:

1.- La celebración del contrato de fiducia entre Promotora Plaza de Caicedo Proplaza Ltda. y Alianza Fiduciaria S.A. contenido en la escritura pública No. 4889 de 1 de diciembre de 1993 de la Notaría 11 de Cali.

2.- La celebración entre Promotora Plaza de Cayzedo Proplaza Ltda. y todos y cada uno de los demandados en reconvención de Promesa de Cesión de Beneficio y contratos de cesión de beneficios, por virtud de los cuales la primera cedió a los segundos los derechos de beneficio y las obligaciones que le

corresponden en el Fideicomiso ADM-0431 Terrazas de Chipichape constituido mediante la citada escritura pública No. 4889 de 1993 de la Notaría Once de Cali.

3.- Entre las obligaciones a cargo del Fideicomitente y/o de los Cesionarios de Beneficio están todas las que “surjan con ocasión y culminación de las obras del proyecto de construcción y en especial la de aportar todos los dineros para su construcción (Fiducia al Costo)”.

4.- Los demandados en reconvención han incumplido las obligaciones que les imponen en especial las cláusulas Novena y Décima del contrato contenido en la referida escritura 4889 de 1993 ya que no solo no aportaron todos los dineros necesarios para la ejecución del proyecto sino que “tampoco se subrogaron en su porcentaje de acuerdo a los derechos de cada uno en los créditos para construcción otorgados al Fideicomiso”.

La demandante en reconvención invoca la cláusula compromisoria prevista en la Cláusula Vigésima de la misma escritura pública 4889 de 1993, con la anotación de que “las controversias y las pretensiones que con ésta demanda de reconvención se someten al Tribunal, es relativa al contrato que contiene la escritura No. 4889 o a su ejecución, exclusivamente”.

Con las bases expuestas, la pretensión es la de que “se declare que los demandados en reconvención incumplieron las obligaciones a su cargo como Cesionarios del Beneficio que les imponía la escritura pública No. 4889 del 1 de diciembre de 1993 de la Notaría Once de Cali, en especial las previstas en sus cláusulas novena y décima, en concreto no aportar los dineros para la ejecución del proyecto y no subrogarse en los créditos de construcción de acuerdo a sus derechos, y se declare que los solicitantes de este Tribunal deberán aportar de acuerdo a sus derechos todas las sumas necesarias para: a) la ejecución del proyecto y b) para cancelar el pasivo total del Fideicomiso”.

El demandante estima la cuantía de la demanda en el valor de las obligaciones del Fideicomiso con el Banco Colmena S.A., liquidado en \$11.248.455.000,00 por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, y presenta como pruebas el poder que le fue otorgado y la citada escritura pública No. 4889 del 1 de diciembre de 1993 de la Notaría 11 del Círculo de Cali que obra en el expediente.

CAPITULO VIII

Contestación de la demanda de reconvención

Con escrito presentado el 23 de marzo de 2004, el apoderado de los convocantes contestó la demanda de reconvención interpuesta por la convocada Alianza Fiduciaria S.A.

Sobre los hechos que fundamentan la contrademanda, el apoderado acepta la celebración de los contratos por sus representados pero aduce que “conforme lo dispone el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio a Alianza Fiduciaria S.A. por ministerio de la ley, se le prohibía trasladar a mis mandantes sus deberes indelegables como fiduciaria dentro del Fideicomiso de Administración de Proyectos de Construcción... Mis mandantes si se obligaron a aportar unos dineros, obligación de la que quedaron relevados, tan pronto como Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda., delantadamente incumplieron con las obligaciones a su cargo”.

El apoderado de los convocantes, demandados en reconvención, se opone a las pretensiones de la contrademanda y propone como excepción de mérito la “Inexistencia de la acción de cumplimiento en cabeza de Alianza Fiduciaria por haber incumplido sus propias obligaciones”

Dice el excepcionante que desde la excepción de contrato no cumplido formulada por Alianza contra la demanda de convocatoria se viene alegando que “la Fiduciaria carecía de autonomía de decisión y de facultad de administración y dirección y que todas estas funciones descansaban en cabeza de mis mandantes y del comité fiduciario, pero esto no es cierto... por las siguientes razones”:

En la Circular Básica Jurídica de la Superbancaria, divulgada mediante circular externa de enero 19 de 1996, dicha entidad precisó que las fiduciarias pueden celebrar, entre otros, el “Fideicomiso de Administración Inmobiliaria de Proyectos de Construcción”, negocio que es realmente el celebrado por Alianza Fiduciaria y el cual origina este proceso arbitral y en el que se transfiere un bien inmueble a la entidad “para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato (C. Comercio Legis pág. #569),” siendo uno de los deberes indelegables del Fiduciario realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia. El carácter así definido del Fideicomiso lo apoya el excepcionante en

las cláusulas primera y octava de la escritura 4889 y cuarta, literal b), de la escritura 4237, y afirma que una de las obligaciones indelegables de Alianza Fiduciaria era conocer y hacer conocer el estudio de suelos realizado en junio de 1993 por el Ingeniero Carlos Humberto Parra a los diferentes beneficiarios”, cada vez que estos se iban a vincular al proyecto y antes de que se firmaran los contratos con Proplaza Ltda. y el encargo fiduciario que se suscribió con la misma Fiduciaria”, y al no hacerlo así la Fiduciaria permitió que se engañara a los Beneficiarios para que el Fideicomiso “cancelara finalmente por concepto de movimiento de tierras la suma de \$1.332.096.00 Mcte. (sic) y no la suma de \$273.007.000 que se presupuestaron inicialmente”.

Concluye el excepcionante que los ahora demandados se allanaron a cumplir el pago de sus aportes y cuando los dejaron de pagar “hacia el mes de junio de 1996” lo hicieron “ante los vicios y el incumplimiento en que incurrieron Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda.” Esa falta de cumplimiento es “un incumplimiento inocuo, que no impide que mis mandantes tengan en su favor la acción de resolución. . . y Alianza Fiduciaria S.A. no cumple con los requisitos indispensables exigidos por la Jurisprudencia y la Doctrina para demandar la acción de cumplimiento, porque omitió cumplir sus propias obligaciones”.

CAPITULO IX

Llamamientos en Garantía

9.1 Solicitud

La convocada Alianza Fiduciaria S.A., mediante escrito presentado junto con la contestación de la demanda arbitral, formuló llamamiento en garantía a las sociedades Aseguradora Colseguros S.A. y Seguros Colpatria S.A., basado en la contratación hecha por la Fiduciaria con Colseguros de la Póliza Global Bancaria, Infidelidad y Riesgos Financieros #260632-9, que incluye el anexo de Indemnización Profesional bajo la forma NMA-2273, y con Seguros Colpatria de la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros #4300000084. Afirma el peticionario que “la Póliza Global Bancaria se encontraba vigente en el momento de los hechos base de esta solicitud de Tribunal e igualmente se encuentra vigente a la fecha la expedida por Seguros Colpatria S.A.”.

Con fundamento en estos hechos, y en los artículos 57 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y 1036 y siguientes del Código de Comercio, se pide que “en el evento de declararse alguna condena en contra de Alianza Fiduciaria deberá resolverse en la decisión sobre la relación entre Aseguradora Colseguros S.A.,

Seguros Colpatria S.A. y Alianza Fiduciaria S.A. en base en las pólizas o contratos de seguros, de ello que cualesquier condena o indemnización deberá ser atendida por Aseguradora Colseguros S.A. y/o Seguros Colpatria S.A.”

9.2 Contestación de Aseguradora Colseguros S.A. a la demanda de convocatoria y al llamamiento en garantía

En un solo escrito, el apoderado de la Aseguradora Colseguros S.A. contestó la demanda de convocatoria del Tribunal y el llamado en garantía.

En cuanto a los hechos de la demanda, manifiesta en general que no le constan y deben probarse conforme a derecho. Resalta que, según el contrato de fiducia de administración de un bien inmueble con instrucciones especiales contenidos en la escritura pública 4889 de 1993, los cesionarios del beneficio aceptan que la gerencia del proyecto será realizada por Proplaza Ltda. y que la Fiduciaria Alianza “no es ni constructor, ni interventor, ni participa de manera alguna en el desarrollo del predio objeto del fideicomiso y en consecuencia no es responsable ni puede serlo en ninguno de los eventos previstos en este contrato, por la terminación, calidad o precio del bien que determine en dicho acuerdo de cesión”. Añade que el vicio que acarrea la nulidad de un contrato debe producirse en su celebración y las “causas supervinientes no puede afectar a la ejecución del negocio jurídico, ni pueden alterar el hecho que el acto fue celebrado con la consecuencia de todos los requisitos que la ley exige”, se opone a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamento legal; y coadyuva las excepciones presentadas por la convocada Alianza Fiduciaria S.A.

Por lo que respecta al llamamiento en garantía, afirma que la vigencia de la Póliza es del 28 de abril de 1998, a las 16:00 horas, hasta el día 28 de abril de 1999, a las 16:00 horas, y se opone a la prosperidad de sus peticiones por “inexistencia de amparo o falta de cobertura, prescripción, inexistencia de la obligación, y cobro de lo no debido”. Presenta como “excepciones de mérito” las siguientes:

1.- Inexistencia de cobertura o falta de amparo, porque en la condición 2 del anexo de Responsabilidad Civil Profesional #NMA 2273 se acordó que esta póliza no indemnizará al asegurado con respecto a responsabilidad asumida por él bajo los términos, condiciones o garantías de contratos o convenios y las partes han confesado que el proceso arbitral trata de obligaciones contractuales” y éstas están expresamente excluidas de la póliza”.

2.- Inexistencia de obligación a cargo de Colseguros y a favor de Alianza de obtener el reembolso de suma alguna de dinero, pues al no existir cobertura o amparo en el contrato de seguros no existe obligación a cargo de la aseguradora. De otro lado, el reclamo no reúne los requisitos establecidos en el Anexo NMA 2273 puesto que los daños reclamados “no son compensatorios, no ha existido pérdida financiera causada por un acto negligente, error negligente u omisión negligente por parte de un ejecutivo o empleado del asegurado”.

3.- Cobro de lo no debido, porque con base en lo expuesto en las dos excepciones anteriores se pretende el cobro de una obligación inexistente.

4.- Prescripción, al existir en el expediente prueba de que los contratos cuya nulidad se solicita se firmaron en 1994 y, “después de nueve años, se trata de obtener resarcimiento económico cuando ya ha prescrito la acción conforme a los artículos 1131 y siguientes del Código de Comercio”.

A continuación, el apoderado de Colseguros hace una extensa transcripción de doctrina y jurisprudencia sobre los alcances de la Ley 45 de 1990 en cuanto a la naturaleza jurídica del seguro de responsabilidad civil y de la obligación del asegurador; el momento en que debe principiar el término de la prescripción; y la nulidad por reticencia o inexactitud en la declaración de asegurabilidad de parte del asegurado Alianza Fiduciaria S.A.

5.- La Genérica para que declare probado cualquier hecho impeditivo, modificativo o extintivo que aparezca probado durante el trámite, conforme lo establecen los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil.

9.3 Contestación de Seguros Colpatria S.A. a la demanda de convocatoria y al llamamiento en garantía

En escrito presentado el 26 de diciembre de 2003, el apoderado de Seguros Colpatria S.A. contesta los hechos de la demanda afirmando, en general, que no le constan o no son ciertos y aclara que el contrato contenido en la escritura pública #4889 no es una fiducia inmobiliaria sino de administración y garantía, en el que la responsabilidad de la construcción no era de Alianza Fiduciaria S.A. sino exclusivamente del fideicomitente. “Los actores en verdad no entregaron a la fiduciaria sumas de dinero, sino que realizaron fue algunos aportes de construcción”... La sociedad Fiduciaria nunca intervino en la promoción ni en las negociaciones que Proplaza Ltda. adelantó con los hoy demandantes para

prometerles una cesión de beneficios, ni para cederles posteriormente, ya que la Fiduciaria no había podido hacerlo pues no era titular de los mismos, por consiguiente no podía ocultar un estudio de suelos en una negociación en que no intervino... en actores como dueños del proyecto o mejor como responsables en la construcción o ejecución del mismo obviamente estaban partiendo, entre otros elementos de juicio, de tal estudio de suelos... el presupuesto de la obra nunca fue elaborado ni intervino en él la sociedad Fiduciaria, pues ella no era la responsable de la construcción". Alianza Fiduciaria, dice el apoderado de la llamada en garantía, sólo se refirió a la posibilidad de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado bajo determinados requisitos, pero la obtención de las licencias de servicios públicos correspondía a Proplaza Ltda. como responsable de la construcción. Asimismo, alega que cualquier recurso que el Fideicomitente o sus causahabientes (cesionarios de beneficio) hubieren desembolsado, lo recibe únicamente el Fideicomiso y no la Fiduciaria y aclara que a su representada no le consta lo correspondiente al supuesto informe de los Auditores Externos pero, de cualquier manera, "el mismo se verificó sobre la actuación de Proplaza Ltda. en el proyecto y no evalúa al Fideicomiso ni a la Fiduciaria. . . Alianza Fiduciaria rindió los informes que le correspondieron, obviamente, hasta cuando la Asamblea decidió suspender el proyecto, en 1996, por ende resulta inocuo esperar informes después de que el proyecto fue suspendido..."

Concluye el apoderado de la llamada en garantía que las pretensiones de la demanda carecen de fundamento legal y fáctico y por ende deben ser negadas íntegramente y, además de coadyuvar las excepciones presentadas por la parte convocada, formula las siguientes excepciones de mérito:

1. Extinción o agotamiento de la cláusula compromisoria, por haberse extinguido sus efectos al no prosperar el Tribunal de Arbitramento solicitado por los hoy convocantes en el año 1999 contra la demandada Alianza Fiduciaria S.A.
2. Autonomía de los derechos y obligaciones derivadas de los contratos fiduciario, promesa de cesión de derecho, cesión de derechos y encargo fiduciario, lo cual impide unificar las pretensiones sobre tales contratos con base en los mismos hechos supuestos.
3. Excepción de contrato no cumplido o incumplimiento exclusivo de los convocantes, lo cual hace que la convocada no estaría en mora de incumplir lo pactado pues emergen las circunstancias previstas en el artículo 1609 del Código

Civil. Todo ello sin contar con que los actores en Asamblea de Cesionarios de Beneficio resolvieron iniciar las obras y suspender el proyecto. De otro lado, en el proceso penal que se adelantó con ocasión de los hechos se corrobora lo expuesto y “se descartó íntegramente el sin número de cargos que temerariamente le hacen los actores a la convocada”, según citas hechas a continuación por el apoderado de la providencia de la Fiscalía que se aporta.

4. Validez de los contratos celebrados y “por ende no es prospera la pretensión de declaración de nulidad de los mismos”.

5. Cumplimiento de las obligaciones por parte de Alianza Fiduciaria, pues ella no podía más que acatar las obligaciones convencionales y las instrucciones de la Asamblea de Cesionarios y el Comité Fiduciario.

6. Carencia de causa petendi, al no consolidarse ninguna de las situaciones invocadas por los convocantes.

7. Inexistencia de responsabilidad civil, no sólo por el debido cumplimiento de las obligaciones convencionales observado por la convocada sino por la inexistencia de perjuicio alguno generado por la actuación de la Fiduciaria, al punto que no hay relación entre su proceder y el remoto detrimento alegado por los convocantes quienes con su propio proceder ocasionaron alguna consecuencia si en verdad se dio.

8. Efectos de la cláusula penal y límite de la responsabilidad y Alianza Fiduciaria, pactada de mutuo acuerdo y según la cual en el improbable caso de que se hubiera incurrido en incumplimiento alguno “la eventual indemnización no puede ser superior a la convenida en la cláusula vigésima primera de la fiducia contenida en la escritura 4889 de 1993.”

9. Prescripción, sin que implique reconocimiento de responsabilidad de la convocada.

10. La genérica cualquiera sea la que resulte probada en el proceso.

Por lo que respecta a los hechos del llamamiento en garantía, el apoderado acepta la expedición de la póliza de seguro 4300000084 tomada por Alianza Fiduciaria S.A. pero aclara que la responsabilidad de la compañía de seguros

está limitada con las sumas aseguradas, los deducibles pactados y la cobertura que otorgó. Acepto que la Póliza de Seguro de Manejo Global Bancario “se encuentra vigente a la fecha en que hemos sido convocados, mediante llamamiento en garantía”, pero destaca que la misma entró en vigencia el 28 de abril de 2002 y fue renovada hasta el 28 de abril de 2004. La póliza incluye el amparo de Responsabilidad Profesional que aplica a la fecha retroactiva de 28 de abril de 1999 con límite de diez mil millones de pesos y a partir de 17 de mayo de 2000 con límite de quince mil millones de pesos, con deducible de cien millones de pesos para el amparo de Responsabilidad Profesional y de setenta y cinco millones para los demás amparos. Debe agregarse que desde 1998 Alianza recibió reclamo de los mismos convocantes y, por consiguiente, “desde entonces comenzó a correr el término prescriptivo para la entidad asegurada, conforme a lo normada en el artículo 1.131 del Código de Comercio”.

En lo relativo a las peticiones del llamamiento en garantía, se opone a la prosperidad de las mismas porque además de operar la prescripción de las acciones de Alianza Fiduciaria, no hay razones jurídicas válidas o hechos con base en los cuales pueden tener éxito.

Propone seis excepciones de fondo frente al llamamiento en garantía, a saber:

1.- Falta de amparo, por cuanto siendo inexistente el vínculo jurídico que arbitrariamente se le quiere atribuir a la demandada, “tampoco se encuentra afectado el amparo de Responsabilidad Profesional, contratado bajo el clausulado NMA-2273, que hace parte integral de la póliza No. 430000084”. Anota que este seguro “no cubre perjuicios de orden inmaterial y entre el mismo, el de carácter moral”.

2.- Exclusión de amparo o riesgos excluidos, basada en el ordinal primero de la cláusula segunda sobre exclusiones, según el cual este anexo no indemnizará al asegurado con respecto a responsabilidad legal asumida bajo los términos, condiciones o garantías de cualquier contrato o acuerdo, o cualquier acto deshonesto, fraudulento, criminal o malicioso u omisión del Asegurado o del directivo, empleado, subcontratista o agente del mismo. Como si fuera poco, añade, las exclusiones generales de la póliza de manejo hacen que no cubra pérdidas no descubiertas durante la vigencia del seguro, como son las alegadas por los convocantes. Además, se excluye la “resultante de cualquier circunstancia u ocurrencia que haya sido notificada a una compañía de seguros sobre cualquier

otra póliza de seguros efectuada con anterioridad al inicio de este seguro” y también excluye cualquier reclamación resultante de “circunstancia u ocurrencia conocida por el asegurado con anticipación al inicio de este seguro y no informada a Seguros Colpatria S.A. al comienzo del seguro”; situación que se presenta en relación con las pérdidas alegadas por los convocantes, suceso que no fue informado antes del perfeccionamiento del contrato.

3.- Inexistencia de obligación con base en la no responsabilidad de Alianza Fiduciaria S.A. en los hechos de la demanda y en los perjuicios alegados, hechos que además son ajenos a la cobertura de la póliza por haberse supuestamente producido antes de su perfeccionamiento y constituirían un riesgo no cubierto.

4.- Límite de la responsabilidad de la aseguradora y condiciones de exoneración, en el sentido de que los amparos y exclusiones de la póliza de seguro son la base para resolver acerca de la relación sustancial que fundamenta el llamamiento en garantía. Los límites asegurados son los que se establecen como suma asegurada en la póliza, con retroactividad al 28 de abril de 1999 de diez mil millones de pesos y al 17 de mayo de 2000 de quince mil millones de pesos, con deducible de \$60 millones en la póliza inicial y de \$100 millones para la renovación de abril 28 de 2003 a abril 28 de 2004 para el amparo de Responsabilidad Profesional o Indemnización Profesional “que sirve de base a la convocatoria de mi representada”.

5.- Prescripción que funda en el tiempo transcurrido desde 1998, “primer momento en el que los hoy demandantes formularon a Alianza Fiduciaria una petición o reclamación”, lo cual conforme al artículo 1131 del Código de Comercio, en concordancia con el 1081 ibidem, significa que el “término biennial prescriptivo se encuentra vencido desde mucho antes de que se ejercitara la acción que entraña el respectivo llamamiento en garantía”. En el seguro de responsabilidad, agrega, la fecha de la prescripción común respecto a la víctima en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado y, “frente al asegurado, ello ocurrirá desde cuando la víctima le formule la petición judicial o extrajudicial”.

6.- La Genérica del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, que refiere a cualquier hecho exceptivo que resultare probado en el curso del proceso o en cualquier circunstancia que la ley considere que no existió o se extingue la obligación de su representada.

CAPITULO X
Respuestas a las contestaciones y excepciones
de las llamadas en garantía

10.1. De la convocada y llamante en garantía Alianza Fiduciaria

10.1.1. Sobre contestación de Colseguros

Con escrito presentado el 1 de abril de 2004, el apoderado de Alianza Fiduciaria se refiere a la contestación de la demanda realizada por la Aseguradora Colseguros y expresa que la llamada en garantía destaca que la Gerencia, promoción y desarrollo de Proyecto de Condominio no estuvo a cargo de la Fiduciaria, situación que los convocantes aceptaron conocer.

Sobre las excepciones al llamamiento en garantía, pide que sean rechazadas y, al efecto, alega que:

1.- Es totalmente incorrecta la excepción de inexistencia de cobertura o falta de amparo, ya que la Póliza Global Bancaria expedida por Colseguros incluye el Amparo de Responsabilidad Civil Profesional con límite de \$14.000 millones y fecha retroactiva al 28 de abril de 1998 y fecha retroactiva al inicio de la vigencia de esta cobertura para la “segunda capa”. Anexo No. 03.

Todos los riesgos generales del objeto social de la Fiduciaria están debidamente amparados por la Póliza No. 260632 y “por lo tanto debe rechazarse esta excepción.”

2.- Inexistencia de la obligación, que es una excepción derivada de la primera, debe ser rechazada por las mismas razones “por no ser cierta ni real”.

3.- La excepción de cobro de lo no debido tiene la base de las dos anteriores y siendo que la Póliza Global Bancaria ampara el riesgo de responsabilidad civil conforme al objeto social de la fiduciaria, “esta excepción no está llamada a prosperar”.

En cuanto a la excepción de prescripción afirma que es equivocado alegarla y plantea la dificultad para determinar en este proceso el momento de producirse el siniestro que es la realización del riesgo asegurado y el punto de partida desde el cual comienza a contarse la prescripción.

El artículo 1081 del Código de Comercio establece que la prescripción ordinaria empezará a correr desde que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho base de la acción y la prescripción extraordinaria empezaría a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. A su vez, el artículo 1131 del Código de Comercio prevé que se entenderá ocurrido el siniestro en el momento que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto a la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formule la petición judicial o extrajudicial.

“Adicionalmente, Aseguradora Colseguros S.A. fue llamada en garantía en la Acción de Grupo, contestó la demanda y propuso Excepciones, estos hechos procesales constituyen una interrupción del término de prescripción.

“Son tantas y tan variadas las hipótesis que mal puede prosperar el remoto alegato de Aseguradora Colseguros S.A. de haber prescrito la acción que se deriva del contrato, por el contrario el llamamiento es válido y vigente, por lo tanto no debe prosperar esta excepción”.

10.1.2. Sobre contestación de Seguros Colpatria

Con la misma fecha 1 de abril de 2004, el apoderado de la convocada Alianza Fiduciaria se refiere a la contestación de la demanda del llamamiento y a las excepciones presentadas por Seguros Colpatria, como llamada en garantía, y destaca las afirmaciones de la contestación en cuanto a la no responsabilidad de la “Fiduciaria de Administración y Garantía” en el desarrollo y ejecución del proyecto habitacional.

En lo relativo a la contestación del llamamiento, considera que Seguros Colpatria reconoce la expedición de la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros, con cláusula de Indemnización Profesional, texto NMA-2273, pero dice que es erróneo ubicar la reclamación por fuera de la vigencia de la póliza, teniendo en cuenta las múltiples y disímiles posibilidades en que el presunto siniestro puede haberse realizado y no se podría alegar prescripción o riesgo no cubierto “mientras no se define el punto de partida (siniestro) para poder determinar si existía la cobertura por vigencia y adicionalmente si han corrido los términos legales. . . Son los árbitros quienes deben definir las bases para determinar la ocurrencia del siniestro e igualmente definir la fecha en que el mismo se puede determinar”.

En cuanto a la excepción de prescripción, afirma que “se equivoca totalmente la aseguradora llamada en garantía y su apoderado al pretender alegar una prescripción sobre la firma del contrato” y reproduce los argumentos dados al contestar la misma excepción de prescripción invocada por la Aseguradora Colseguros, en la indeterminación de la fecha del siniestro y la aplicación de las normas legales contenidas en los artículos 1081 y 1131 del Código de Comercio y 4 de la Ley 389 de 1997.

Concluye, entonces, en la petición a los árbitros de rechazar las excepciones propuestas.

10.2. Del apoderado de los convocantes

10.2.1. Sobre contestación de Colseguros

Mediante escrito presentado el 2 de abril de 2004, el apoderado de los convocantes se refiere a las excepciones de mérito propuestas por la llamada en garantía Aseguradora Colseguros, así.

1.- A la excepción de inexistencia de la cobertura o falta de amparo, manifiesta que no es cierta la exclusión alegada de la responsabilidad civil contractual pues en el anexo de responsabilidad profesional se dice que no se indemnizará al asegurado por responsabilidad asumida mediante contratos o convención, pero lo que aquí se reclama en los términos del artículo 1127 del Código de Comercio - art. 84 de la Ley 45 de 1990- “es la indemnización de los perjuicios en que haya podido incurrir, derivada de su responsabilidad civil contractual, extracontractual y de la culpa grave o dolo”.

Alega que el actual Estatuto Bancario –Decreto Ley 663/93- ordena a los establecimientos del sistema financiero a constituir la “Póliza Global Parabancaria”, dentro de la cual se encuentra el “Anexo de Indemnización Profesional NMA 2273” que, conforme al inciso segundo del artículo 84 de la Ley 45 de 1990, garantiza “a los beneficiarios los perjuicios derivados de la responsabilidad civil contractual, extracontractual o de la culpa grave, cualquier cláusula que pretende excluir a la Aseguradora de sus obligaciones y responsabilidades es leonina y se tiene como no escrita”. Transcribe al respecto auto de octubre 17 de 2001 de la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con ponencia del Magistrado Mario Fajardo Dorado.

El principio de la reparación integral de los daños descansa actualmente en el art. 16 de la Ley 446/98 según el cual la valoración de los daños “atenderá los principios de reparación y equidad y observará los criterios técnicos actuales”.

2.- Sobre la segunda excepción de inexistencia de obligación a cargo, el apoderado de los convocantes sostiene que en los términos del artículo 84 de la Ley 45/90 la “Aseguradora Colseguros S.A. se encuentra obligada a pagar directamente a cada uno de mis mandantes, como beneficiarios en última instancia del Anexo de Responsabilidad Civil Profesional NMA 2273, todos los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad contractual, extracontractual y de la culpa grave o dolo en que haya incurrido Alianza Fiduciaria... todo lo cual amerita una indemnización compensatoria, pues se pretende la reparación integral de los daños materiales y morales sufridos a consecuencia del incumplimiento y de la culpa grave o dolo en que se incurrió por parte de las demandadas”.

3.- En cuanto a la tercera excepción de cobro de lo no debido, manifiesta que por las razones expuestas al contestar las dos primeras excepciones no tiene fundamento esta excepción.

4.- Por lo que respecta a la cuarta excepción de prescripción, el apoderado de los convocantes alega que como en este segundo proceso arbitral, con diferentes pretensiones a las del primero, “el término para contestar demanda se le venció a la fiduciaria en diciembre 13/02, fácil es concluir que no han transcurrido los dos años a que se refiere el art. 86 de la Ley 45/90 que modificó el art. 1131 del Código de Comercio y por lo tanto la acción no se encuentra prescrita”.

5.- En lo relativo a la quinta excepción de nulidad por reticencia e inexactitud en la declaración de asegurabilidad de parte del asegurado Alianza Fiduciaria, el apoderado afirma que al cabo de cinco años de la celebración del contrato de seguro, “dicho contrato se vuelve inexpugnable” y como el contrato de la Póliza #260632-9 se inició desde abril 27 de 1994, la acción o excepción de reticencia o inexactitud vencieron el 26 de abril de 1999, a las 12 p.m., “lo que hace que la acción de nulidad por reticencia o inexactitud, alegada como excepción se encuentre prescrita”.

Finaliza su escrito el convocante con la solicitud de aplicar el artículo 18 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de declarar probados los hechos en que el

demandado no expone razones o motivos para desconocerlos sino que simplemente contestó no es cierto, no es falso, no me consta, no es un hecho es una suposición o una mera afirmación.

10.2.2. Sobre contestación de Seguros Colpatria

En escrito de la misma fecha de presentación 2 de abril de 2004, el apoderado de los convocantes se remite a lo consignado al contestar las excepciones de Alianza Fiduciaria y de Aseguradora Colseguros para referirlo a la contestación de Seguros Colpatria como llamada en garantía. Asimismo, pide la aplicación del artículo 18 de la Ley 712 de 2001 en cuanto a declarar probados los hechos en que Seguros Colpatria no expone motivos o razones para no estar de acuerdo con ellos.

CAPITULO XI

Pruebas aportadas al proceso

Documentales

El Tribunal ha tenido en cuenta todas y cada una de las pruebas documentales aportadas por los apoderados intervinientes en este proceso, resaltando el Estudio de Suelos al cual se refiere de manera especial, considerando que es este estudio uno de los aspectos fundamentales de este debate, porque de él se deriva la causa que provocó el colapso del proyecto. Es el Estudio de Suelos hecho por el ingeniero Carlos Humberto Parra a petición de Proplaza Ltda., formulada el 19 de febrero de 1993, naturalmente antes de la iniciación de las obras de Terrazas de Chipichape. Estima el Tribunal que en ese estudio radica el meollo del asunto, pues de una parte las sociedades convocadas y la firma interventora por intermedio de su representante legal el arquitecto Tulio Echeverri Roiz, atribuyen al ingeniero Parra las fallas de ese estudio al considerar la poca profundidad del mismo, al no haber efectuado sobre terreno las pruebas que lo llevaran a descubrir – y a anotar – la formación rocosa que existía – que existe – en el subsuelo del lote sobre el cual se levantarían las construcciones, y los convocantes sostienen que de ese estudio, a pesar de no tener la prolijidad suficiente, sí se podía inferir que allí era de alto riesgo económico acometer el proyecto.

El arquitecto Echeverri Roiz, en su testimonio, despotrica contra el estudio al calificarlo de ligero y de no haber utilizado la técnica que a un buen profesional le hubiese permitido detectar la roca, de haberse profundizado más las

excavaciones, tan superficiales que Echeverry dice haber efectuado el ingeniero Parra.

Para el Tribunal es claro que el estudio de suelos del ingeniero Parra si permite – y pudo haber permitido a los responsables de la obra, en este caso Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda – colegir que ese suelo presentaba características en extremo complicadas para levantar las obras civiles proyectadas. Basta leer para sostener lo anterior el punto 3. del estudio (folio 862 Cdno. 2 del expediente), que a la letra dice

“... GEOLOGIA GENERAL El predio investigado esta localizado sobre el pie de monte y lomerios que bordean la ciudad en el costado Nor-Occidental, en una zona donde afloran las rocas areniscas y limolitas de grano grueso, conformado por bloques o paquetes compactados de 0.8 a 2.00 mts. de espesor con intercalaciones de arcilla. En términos generales presentan una coloración crema y hacen parte del denominado Miembro de la Cima de la formación Guanchinte. Superficialmente se encuentran recubiertas de coluviones o antiguos flujos de lodo de la misma formación. El costado occidental del predio, estuvo sujeto en el pasado a antiguas labores de cantería fácilmente manifiestas por los cortes casi verticales que se parecían (el Tribunal supone que esta última palabra es “aprecian”), los cuales alcanzan alturas del orden de los 10.00 mts.

bajo la roca sedimentaria y a profundidades que se estiman entre los 30.00 y 40.00 mts., en discordancia angular aparecen las rocas ígneas exclusivas de tipo diabásico, las cuales fácilmente se pueden apreciar en varios cortes hechos en el sector de los tanque de abastecimiento de agua del barrio La Campiña, distantes entre 200 y 300 mts. del lote investigado”

y en el punto 4. 2.del acápite ESTRATIGRAFIA, leemos:

“... 4.2. Estrato B

Limos arcillo arenosos de color amarillento a crema. Contiene algo de grava, cantos y guijarros de rocas arenistas y limolitas. Se extiende por debajo del estrato A hasta la máxima profundidad investigada de 4.00 mts...”

Considera el Tribunal que el estudio del ingeniero Carlos H. Parra a debido de ser un campanazo de alerta tanto para Proplaza S.A. - que lo contrató – como para Alianza Fiduciaria S.A., entidades ambas que de haber obrado con la prudencia de un buen padre de familia, y antes de cualquier otro trámite, han debido contratar otro estudio, exigiendo mejores elementos de juicio, o replantear el proyecto para utilizar solamente la zona del lote en donde no hubiera presencia de la roca “BASTANTE DURA, MASIVA” (las mayúsculas, del Tribunal), como la califica en su estudio el ingeniero Parra.

Esta falta de previsión, que pudiera calificarse de ligereza para acometer un proyecto de tal magnitud, tanto de Alianza Fiduciaria S.A. como de Proplaza Ltda., salta a la vista cuando observamos el contrato para el movimiento de tierra, suscrito por Proplaza Ltda. con Inversiones García Ríos Ltda. el 12 de mayo de 1994, por un valor seis (6) veces inferior al consignado en el “otrosí” suscrito por las mismas partes el 8 de agosto de 1995, en el que ya se habla de “voladura de roca” por un valor de \$1.204.851.991 más IVA, contrato este en el que aparece también la firma del Dr. Tulio Echeverri Roiz en representación de la interventora Beal Ltda. Vale la pena recalcar que el ingeniero Parra sostuvo que “... LAS SOLUCIONES A BASE DE ANCLAJES PARA EL SOPORTE LATERAL DE LOS MUROS SON MUY COSTOSAS Y POR EL TIPO DE VIVIENDA DICHOS COSTOS SERÍAN DIFÍCILES DE AMORTIZAR EN EL PROYECTO. DONDE SE REQUIERA ESTA SOLUCIÓN ES FACTIBLE REESTUDIAR LA DISTRIBUCIÓN ARQUITECTÓNICA DEL PROYECTO”... (Mayúsculas del Tribunal).

Esta sola advertencia colocaba a las promotoras y ejecutoras del proyecto ante dos alternativas: o rediseñar el proyecto o advertir a los futuros beneficiarios de la cesión que los costos ya no serían los fijos anunciados en los avisos promocionales o en los indicados en los contratos suscritos por ellos, sino de costos variables porque la conformación del suelo así lo exigía. Como la mayoría de los convocantes – casi todos – al absolver el interrogatorio al que fueron sometidos, sostienen que ellos jamás conocieron el estudio de suelos del ingeniero Parra, asumían que firmas de la prestancia de Alianza Fiduciaria S.A. y de Proplaza Ltda., más la primera que la segunda, dirigidas ambas por ciudadanos conocidos por la sociedad caleña, habían tomado las seguridades del caso para que el proyecto al que los invitaban a participar tuviera un desarrollo que lo hiciera viable.

En cuanto a las autorizaciones oficiales para el proyecto Terrazas de Chipichape, tenemos que el Municipio de Cali, por resolución No. TP-PU-001 de 19 de enero de 1995, aprobó los planos correspondientes al anteproyecto del conjunto, con la advertencia de que esa autorización “es valida únicamente para adelantar trámites ante las Empresas Municipales de Cali, Empresas de Servicios Varios, EMSIRVA; por lo tanto NO AUTORIZA LA INICIACIÓN DE OBRAS ARQUITECTÓNICAS” (mayúsculas del Tribunal). Y el Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Cali, el 19 de marzo de 2002 en respuesta a una solicitud presentada por la convocante Luz María Zamorano de Castilla dice:

“ ... La radicación ante el Departamento Administrativo de Planeación Municipal de toda solicitud de aprobación de anteproyecto urbanístico – arquitectónico o anteproyecto o proyecto arquitectónico con el lleno de los requisitos y documentos exigidos, autoriza al peticionario para que adelante bajo su responsabilidad obras preliminares de cerramiento de lote, construcción de campamento, limpieza, descapote, nivelación del terreno, replanteo y excavaciones”

Es claro para el Tribunal que no se podía iniciar sin la aprobación oficial del proyecto – no del anteproyecto – las obras de Terrazas de Chipichape.

También esta acreditado en el expediente que EMCALI no había dado autorización para el desarrollo del proyecto “ ya que esto esta condicionado además de la disponibilidad del acueducto, al concepto que emita Planeación Municipal y/o Control Físico sobre la factibilidad de urbanizar el predio.”

Exhibición de documentos e inspección judicial y peritación

Tal como consta en el acta No. 21, el día 8 de julio de 2004, a partir de las ocho de la mañana se dio comienzo a la diligencia, con el fin de practicar la prueba solicitada por el apoderado de los convocantes. En desarrollo de la diligencia se dio posesión al perito señor Juan Guillermo Villegas Moreno, y una vez posesionado conjuntamente con él, los apoderados de las partes y los árbitros que conforman el Tribunal se trasladaron a las oficinas de Alianza Fiduciaria S.A. en donde se encontraban presentes el curador ad litem de la convocada Proplaza Ltda., y el apoderado de Aseguradora Colseguros S.A.

En desarrollo de la diligencia se exhibieron y entregaron, con destino al expediente diferentes documentos aportados por Alianza Fiduciaria S.A.

Oficios

En el expediente reposan los oficios ordenados en el acta No. 16 de 7 de junio de 2004, contentiva sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio decretó el Tribunal. De los oficios librados sólo se encontró pendiente de respuesta el dirigido a Seguros Colpatria S.A. en donde se le solicitaba la remisión de la totalidad de documentos en relación al contrato de Seguros celebrado con Alianza Fiduciaria S.A. Estima el Tribunal, que a pesar de lo anterior este contrato se encuentran aportados con la contestación del llamamiento en garantía que hiciera el apoderado de Seguros Colpatria S.A.

Prueba pericial

Del recaudo de esta prueba el Tribunal resalta lo siguiente: por solicitud tanto de la parte convocada Alianza Fiduciaria S.A. como de las aseguradoras llamadas en garantía, Seguros Colpatria S.A. y Aseguradora Colseguros S.A., el Tribunal decretó prueba pericial con intervención de perito único, recayendo el nombramiento en el doctor Juan Guillermo Villegas Moreno quien debidamente posesionado dio inicio a su gestión, rindiendo dictamen el día 25 de octubre de 2004, complementado, aclarado y adicionado posteriormente en escrito presentado el 25 de noviembre de 2004.

El dictamen fue objetado por error grave por el apoderado de la parte convocante, quien luego desistió de la objeción.

El perito Villegas Moreno dio respuesta pormenorizada a todos los cuestionarios que le fueron planteados, y de esas respuestas el Tribunal destaca:

1. Que el fideicomiso ADM-0431 Terrazas de Chipichape pagó a Proplaza Ltda. por concepto de honorarios derivados del contrato de gerencia la suma de \$146.250.000.00, y a esa misma sociedad por concepto de honorarios de construcción del proyecto la suma de \$438.750.000.00.
2. Que por concepto de aportes iniciales o derechos de cesión de beneficios, Alianza Fiduciaria S.A. recibió la suma de \$1.173.632.505.00.

3. Que por concepto de cuotas de construcción de todos los beneficiarios del fideicomiso ADM-0431 Terrazas de Chipichape la convocada recibió la suma de \$2.961.973.000.00.
4. Que en diversos instalamentos y en distintas fechas el fideicomiso ADM-0431 Terrazas de Chipichape recibió por intermedio de Alianza Fiduciaria S.A., y proveniente del crédito de la Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena, la suma total de \$3.701.764.535.09.
5. El perito establece que todos los contratos de promesa de cesión y encargo fiduciario se firmaron antes del 2 de marzo de 1994, y los que cesión de beneficios se suscribieron con posterioridad a mayo de 1995.
6. Que Alianza Fiduciaria S.A. canceló a Proplaza Ltda. a través de pagos directos o cruce de cuentas la suma de \$1.397.587.136.38 por concepto de cesión de beneficios.
7. Que Alianza Fiduciaria S.A. por cuenta del fideicomiso ADM-0431 Terrazas de Chipichape pagó a la sociedad BEAL LTDA., por concepto de honorarios derivados del Contrato de Interventoría del Proyecto la suma de \$75.000.000.00.
8. Que el fideicomiso ADM-041 Terrazas de Chipichape pagó a Alianza Fiduciaria S.A. por concepto de comisiones derivadas del Contrato de Fiducia de Administración de un Bien Inmueble con instrucciones especiales la suma \$97.500.000.00, y cuatro pagos adicionales de \$1.000.000.00 cada uno, como comisión adicional mensual de un \$1.000.000.00 por cada mes que demore la obra.
9. Que el fideicomiso ADM Terrazas de Chipichape-Alianza, patrimonio autónomo diferente al fideicomiso ADM-0431 Terrazas de Chipichape-Alianza, canceló por concepto de comisiones a Alianza Fiduciaria S.A. la suma de \$17.595.586.83.
10. En el punto referente a la actualización del valor de las sumas recibidas por Alianza Fiduciaria S.A. de cada uno de los convocantes con relación a los contratos de promesa de cesión de beneficios, cesión de beneficios y encargo fiduciario, el perito, citando jurisprudencia de la Corte Suprema

de Justicia y apoyándose en la siguiente fórmula matemática calculó la indexación de los dineros recibidos por Alianza Fiduciaria S.A. por los conceptos atrás citados:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Indice inicial = IPC vigente a la fecha adoptada (junio de 1995).

Indice final = IPC vigente hasta agosto 31 de 2004

11.- Que el fideicomiso ADM-0431 Terrazas de Chipichape recibió los siguientes valores:

Por aportes de construcción	\$2.961.973.000.00
Por préstamo de COLMENA	\$3.701.764.535.09

TOTAL	\$6.663.737.535.09

Según el perito, estos dineros, en su totalidad, fueron empleados por Fiduciaria Alianza S.A. en los diferentes gastos que generó la obra.

12.- Conceptúa el perito que los últimos pagos hechos por los beneficiarios del fideicomiso se efectuaron en el año de 1996, con tres excepciones en 1997.

13.- Concluye el dictamen con la presentación de sendos cuadros en los que el perito indica todos los aportes hechos por los beneficiarios del fideicomiso y liquida en ellos tanto los intereses como la indexación de las sumas que recibió por ese concepto Alianza Fiduciaria S.A. de todos y cada uno de los convocantes.

Prueba Testimonial

En el desarrollo del proceso se recibieron los testimonios del arquitecto Tulio Echeverri Roiz y del ingeniero Carlos Humberto Parra Serna.

Interrogatorios de parte

De la práctica de los interrogatorios de parte destaca el Tribunal lo que a continuación se enuncia, resaltando lo siguiente: fueron llamados a absolver

interrogatorio la totalidad de las personas que componen la parte convocante, a excepción de las personas fallecidas o aquellas que manifestaron su absoluta imposibilidad de comparecer, concurrieron: Luz María Zamorano de Castilla en su propio nombre y en representación de Luz María Zamorano y Cía S. en C., José Ricardo Arango Mutis, Ingrid María Wolff y Guillermo Ramírez, Mercedes Tello de López, Noraida Franco Puente, Dario Martínez Chavez, Gloria Dotly Arévalo de Sandoval, Héctor Danilo Padilla y Barbara Diez de Padilla, Enrique Sanclemente, Liliana Mejia Hurtado y Alvaro Federico Shneider, María Leonor Velasquez Rasch, Diego Miguel Rodríguez González, Pedro Vicente Gamboa, Alfonso Zorrilla Sanclemente, María Elena García, Lucy Escobar de Concha y Hernando Concha, Moisés Sandoval Baena, Armando León Jiménez y Diana Carolina López, José Antonio Sánchez, Olga Marmolejo de López, Clara Rita Arias de Kubler, Gloria Alicia Quijano, Ana Margarita Echeverri de Barona, Nidia Elena Valencia, Jaime Montoya Pulido, Carlos Roberto Ramírez Montoya y Fanny Dávila de Ramírez, Luis Hernando García Vergara y Luz Gertrudis Toro de García, Ana Cristina Vélez Jaramillo, Luis Miguel Madriñán Guerrero, Consuelo Guerrero de Madriñán y Claudia Susana Vivas Herrera, Nicolás Vargas Torres y Leonor Rozo de Vargas, Juan Carlos Fernández Duque y Martha Alejandra Puentes, Hernando Orozco Grisales y Amparo Sánchez Zapata.

Sin excepción, las personas que absolvieron los interrogatorios a que fueron sometidos, tanto por el apoderado de Alianza Fiduciaria S.A. como por los abogados de las llamadas en garantía, Aseguradora Colseguros S.A. y Seguros Colpatria S.A., fueron idénticas en sus dichos al sostener que atraídas por el proyecto Terrazas de Chipichape que, según ellas, contaba con el respaldo moral y financiero de una empresa de tan sólido prestigio en la ciudad como es Alianza Fiduciaria S.A., y convencidas de estar adquiriendo unidades de vivienda a precio fijo, pues así lo indicaba una valla puesta en el lote sobre el que se levantarían las casas, valla visible por todas las personas que pasaron por ese sitio, suscribieron con Proplaza Ltda. – de la que, no había concepto adverso en Cali hasta ese momento - dos contratos: el de Promesa de Cesión de beneficios y el de la Cesión misma de esos beneficios, y que posteriormente firmaron con Alianza Fiduciaria S.A. el contrato de Encargo Fiduciario.

Expresan al unísono que ninguno de ellos intervino en la redacción de esos contratos porque todos les fueron presentados para sus firmas, tanto por Proplaza Ltda. como por Alianza Fiduciaria S.A., sin que ninguno tuviera la oportunidad de modificar o proponer modificaciones a las cláusulas,

circunstancias que para ellos era irrelevante por la confianza que les despertaba las entidades con las cuales negociaban, especialmente Alianza Fiduciaria S.A., a la que consideraban responsable del buen suceso del proyecto.

En cuanto al fracaso del proyecto Terrazas de Chipichape, en el que comprometieron sus recursos y sus ahorros, manifiestan que ese fracaso se debió a que jamás conocieron el Estudio de Suelos hecho por el ingeniero Carlos H. Parra, y que de haber conocido desde un principio los inconvenientes que tenía el lote para la construcción de las casas y de las obras complementarias, no habrían invertido su dinero en ese proyecto.

Al preguntárseles la razón por la cual no continuaron aportando las cuotas que les correspondían, según lo acordado por ellos y las entidades vinculadas al proyecto, manifestaron que el incremento de los costos por la conformación rocosa del subsuelo, casi todos respondieron que sus presupuestos no les permitían asumir el desproporcionado incremento de sus obligaciones, y que en una Asamblea de Beneficiarios reunida en septiembre de 1996, acordaron no continuar haciendo aportes pues el proyecto había colapsado por los gigantescos costos para continuarlo. Que si bien es cierto que existía un comité fiduciario, una gerencia de proyecto en cabeza de Proplaza y una auditoría de Beal Ltda., esa gerencia y esa auditoría fueron designados por las personas jurídicas convocadas, sin participación de los beneficiarios.

La mayoría de los interrogados informaron que cancelaron el precio al cual se comprometieron en el entendido de estar adquiriendo vivienda a precio fijo, pues de lo contrario no habrían aceptado participar del proyecto, pues son personas de limitados recursos que no podían comprometerse con un precio sometido a contingencias, como las que surgieron en desarrollo del mismo, ante el escollo de la presencia de roca en el terreno, que disparó el costo a sumas altísimas que ninguno de ellos podía sufragar.

En general, atribuyen a Alianza Fiduciaria S.A. y a Proplaza Ltda. el haberle dado curso a un proyecto sin profundizar un estudio de suelos que hubiese descubierto el problema de la roca que se presentó cuando ya se habían hecho desembolsos cuantiosos, y critican que la entidad fiduciaria hubiera continuado recibiendo las cuotas a sabiendas del grave inconveniente que presentaba el suelo rocoso. Además, expresan que se dio inicio al proyecto sin las licencias oficiales y sin la seguridad de la prestación de servicios.

El Tribunal resalta lo sucedido respecto a la citación para absolver interrogatorio de parte formulada al representante legal de la convocada Proplaza Ltda., señor Gerardo Jurado Ciro. De esta prueba se puede extractar lo siguiente: el Tribunal, en cumplimiento de lo ordenado en el auto que decretara pruebas, citó por medio de oficio al mencionado representante legal de Proplaza Ltda., con el fin de que el día y hora en el que debía de absolver el interrogatorio se presentara al Centro de Conciliación y Arbitraje de la cámara de Comercio de Cali. Aparentemente, el señor Jurado Ciro, respondiendo a la citación envió una comunicación vía fax con destino a este Tribunal, informando su nuevo domicilio y solicitando al Tribunal fijar nueva fecha y hora para absolver el interrogatorio aludido.

El tribunal acatando lo solicitado, fijó nueva fecha y hora para interrogatorio de parte. Cabe resaltar que el apoderado de los convocantes presentó en sobre cerrado y con anticipación a la audiencia, el interrogatorio de manera escrita. Llegado el día y hora para que se hiciera presente el mencionado representante legal, no se presentó a absolver interrogatorio, haciendo llegar comunicación donde manifestaba que ya no era representante de Proplaza Ltda., a pesar de que su nombramiento continuaba vigente ante el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Cali, nombramiento y ejercicio que en ningún momento fuera desvirtuado ante este Tribunal. Teniendo en cuenta que el interrogatorio había sido presentado en sobre cerrado, como ya se dijo, este Tribunal procedió a calificar las preguntas contenidas en el sobre cerrado, rechazando aquellas que contenían formulaciones respecto a la convocada Alianza Fiduciaria S.A.

Siendo este el momento oportuno, este Tribunal al tenor del artículo 210 del C.P.C. presume como ciertos los hechos susceptibles de confesión que se deducen del interrogatorio formulado por el apoderado de los convocantes además de apreciar como indicio grave la no comparecencia de la convocada Proplaza Ltda.

Pruebas de oficio.

Haciendo uso de la facultad oficiosa contenida en los artículos 179 y 180 del C.P.C., y mediante Auto No. 48 del 8 de julio de 2004 (Acta No. 21), el Tribunal decretó oficiosamente la ampliación del dictamen pericial para incluir en él la totalidad de los puntos relacionados en escrito presentado el 6 de julio de 2004 ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali por el apoderado de los convocantes.

Adicionalmente, y conforme a lo decidido en Auto No. 59 de agosto 25 de 2004 (Acta No. 28), el Tribunal decretó y llevó a cabo una inspección judicial al terreno y casas de Terrazas de Chipichape en compañía de los apoderados de las partes, del curador ad litem de Proplaza Ltda., de las llamadas en garantía y de la actual propietaria del lote Banco Colmena S.A., comprobándose que la obra estaba parcialmente adelantada. Se pudo establecer que un número considerable de casas estaba casi concluido, lo mismo que algunos tramos de circulación internos. Además el Tribunal, en el citado auto solicitó y obtuvo un certificado de tradición y libertad del inmueble “Conjunto Residencial Terrazas de Chipichape Propiedad Horizontal” con matrícula inmobiliaria No. 370- 436435 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali.

Finalmente, y mediante Auto No. 84 de 02 de febrero de 2005, el Tribunal oficiosamente ordenó solicitar al Banco de la República y/o al Departamento Nacional de Estadística, oficinas de Cali, la certificación relativa a la variación del índice de precios al consumidor desde el 1 de noviembre de 2004 hasta la fecha en que se disponga de la información requerida y, subsidiariamente, decidió acoger como prueba la consulta por medios electrónicos a la respectiva información oficial.

CAPITULO XII

Consideraciones del Tribunal

12.1 Competencia del Tribunal

1.- Por expreso mandato del numeral 2 del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, *“el Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición”*. Este Tribunal de Arbitramento mediante auto No. 35 del 19 de mayo del año 2004, después de haber analizado la totalidad del material fáctico y medios de prueba que hasta ese momento aparecían en el proceso, *decidió asumir la plena competencia tanto respecto de la demanda principal como de la demanda de reconvención introducida esta última por la sociedad Alianza Fiduciaria S.A.* (folios 150 a 216 del Cdno. 6).

2.- Proferido el auto No. 35 del 19 de mayo del año 2004, el apoderado de la sociedad Alianza Fiduciaria S.A. interpuso contra dicha providencia el recurso de reposición que consagran los artículos 348 y 349 del C.P.C., y como fundamento de su impugnación, arguyó que ya con anterioridad otro Tribunal de Arbitramento

había declarado concluidas sus funciones, razón por la cual, a su juicio se había producido la extinción de la cláusula compromisoria inserta en la escritura pública 4889 del 1 de diciembre de 1993, de la Notaría 11 del Circulo de Cali, la cual constituía la fuente de competencia que la ley atribuye a los tribunales de arbitramento, (artículo 144 del Decreto 1818 de 1998), quedando así las partes, en consecuencia, en plena libertad de acudir a la justicia ordinaria.

3.- Sin embargo, para este Tribunal de Arbitramento es incuestionable la plena competencia asumida en auto No. 35 de 19 de mayo del año 2004, tanto respecto de la demanda inicial, posteriormente integrada por la parte convocante, como en lo concerniente a la demanda de reconvención. En efecto: en el presente proceso arbitral promovido por Luz María Zamorano de Castilla y otros frente a Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda., los fundamentos de la demanda que generó dicha actuación eran otros los sujetos convocantes y convocados. No se trata, como podrá observarse, ni de las mismas personas que hoy ostentan la calidad de convocantes, ni la controversia versa sobre el mismo objeto que se planteó en el primer tribunal de arbitramento concluido por falta de consignación de las sumas dinerarias indispensables para el funcionamiento del tribunal así integrado, ni tampoco el nuevo proceso arbitral (el que es objeto de estudio) es idéntico en sus peticiones contenidas en la demanda, a las planteadas en la demanda inicial que motivó el auto en virtud del cual el Tribunal declaró haber cesado en sus funciones, a la luz de lo dispuesto en el último inciso del artículo 144 del Decreto 1818 de 1998.

4.- También hace alusión el Tribunal al argumento invocado en el proceso por el apoderado de Alianza Fiduciaria S.A. consistente en la circunstancia de haber previsto las partes la designación de tres árbitros en la cláusula compromisoria contenida en la escritura pública 4889 del 1 de diciembre de 1993, de la Notaría Once de Cali, contentiva del contrato de fiducia mercantil celebrado entre Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda.; y la designación de un solo árbitro, a la cual se refieren las cláusulas compromisorias pactadas en los encargos fiduciarios perfeccionados entre Fiduciaria Alianza y cada uno de los convocantes.

5.- Empero, observa el Tribunal cómo en el contrato de fiducia mercantil del cual da cuenta la Escritura Pública 4889 de 1 de diciembre de 1993, de la Notaría Once de Cali, aparece inserta la cláusula compromisoria en la cual las partes intervinientes, en el precitado contrato de fiducia mercantil, acordaron la integración de un tribunal de arbitramento compuesto de tres (3) árbitros que

fallarían en derecho, árbitros que designaría asimismo la Cámara de Comercio de Cali. El hecho que en los diversos contratos de encargo fiduciario aparezcan cláusulas compromisorias individuales con arreglo a las cuales las partes suscriptoras de los respectivos documentos privados que perfeccionaron los mismos, no significa ni demuestra, en modo alguno, ni la indebida integración de este tribunal de arbitramento, compuesto por de (3) árbitros, ni mucho menos podría censurársele el haber asumido la plena competencia respecto de las pretensiones de la demanda inicial (posteriormente integrada), ni de la demanda de reconvención. Quiere decir lo anterior que la cláusula compromisoria de la cual derivan los diversos contratos de encargo fiduciario no es la principal, por constituir estos últimos, claro desarrollo o ejecución del contrato principal de fiducia mercantil.

6.- A juicio del Tribunal no hay contradicción alguna entre las cláusulas compromisorias que pactaron los interesados en los contratos de encargo fiduciario y la cláusula compromisoria estipulada en el contrato de fiducia mercantil documentado por la escritura pública 4889 de 1 de diciembre de 1993, otorgada en la Notaría Once de Cali, pues los primeros constituyen obligada consecuencia, desarrollo o ejecución del pacto arbitral principal contenido en la escritura pública 4889 de 1º. de diciembre de 1993, de la Notaría Once del Círculo de Cali. Carecería de sentido pretender encontrar en los contratos de encargo fiduciario la única fuente de competencia del tribunal de arbitramento, y la consecuente afirmación de ser necesaria la integración por un solo árbitro de este tribunal de arbitramento. Sobre la cláusula compromisoria estipulada en los contratos de encargo fiduciario trata la cláusula décima segunda de cada uno de éstos.

7.- Resalta el Tribunal el acuerdo de las partes al definir el alcance de la cláusula compromisoria pactada en la escritura pública 4889 de 1 de diciembre de 1993, de la Notaría Once de Cali, cuya función práctica no era otra que la resolución de todas las diferencias que se suscitaren o presentaren entre las mismas en sus etapas de celebración o perfeccionamiento, ejecución o liquidación.

8.- Otro de los argumentos traídos a los autos, principalmente por el apoderado de Alianza Fiduciaria S.A., es atinente a los efectos legales producidos por el fallo dictado por la Fiscalía Tercera delegada ante el Tribunal Superior de Guadalajara de Buga, la cual precluyó la investigación adelantada contra los representantes legales de Alianza Fiduciaria S.A., Proplaza LTDA. y otros Para el mencionado

apoderado la providencia proferida por la Fiscalía mencionada, tiene plena eficacia en el presente proceso arbitral, por constituir cosa juzgada, a la luz del C.P.P. Ha aludido también en este proceso arbitral a la acción de grupo que han venido adelantando en el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Cali contra Alianza Fiduciaria S.A. y otros.

9.- Empero, en concepto del Tribunal las circunstancias y explicaciones a que se refieren los argumentos puntualizados en el párrafo anterior, *no tienen incidencia o relevancia alguna en el estudio de la competencia plena asumida por el Tribunal* mediante auto No. 35 de 19 de mayo de 2004 con relación a la demanda principal (integrada) y de reconvención planteada por la sociedad Alianza Fiduciaria S.A. La razón es potísima: En el caso del fallo proferido por la Fiscalía Tercera delegada ante el Tribunal Superior de Guadalajara de Buga lo único que podría demostrar el contenido de dicha decisión es la ausencia o falta de una conducta o hecho punible, a la luz del Código de Procedimiento Penal, pero jamás podría evidenciar la existencia de un hecho o hechos fuente de un supuesto daño y consiguiente perjuicio. Y, en cuanto a la acción de grupo invocada por el apoderado de Alianza Fiduciaria S.A., le basta observar al Tribunal la falta de prueba de fallo alguno dentro de éste proceso civil que pudiera tener incidencia en el presente proceso arbitral, por una parte, y, por la otra, de existir dicho fallo habría que analizar además la institución de la cosa juzgada, a la luz de los preceptos rectores del Código de Procedimiento Civil, y su repercusión no en la competencia del Tribunal sino en los efectos mismos del laudo arbitral que ponga fin a éste proceso arbitral.

Considera el Tribunal suficientes los razonamientos anteriores para reiterar la plenitud de su competencia derivada únicamente de la cláusula compromisoria inserta en la escritura pública No. 4889 de 1º. de diciembre de 1993, otorgada en la Notaría Once del Círculo de Cali, instrumento mediante el cual se perfeccionó el contrato de fiducia mercantil entre Proplaza LTDA. y Fiduciaria Alianza S.A., lo cual conduce a la legítima integración de este Tribunal compuesto por tres (3) árbitros libérrimamente designados por la Cámara de Comercio de Cali, con base en lo dispuesto en los artículos 117, 118, 122, entre otros, del Decreto 1818 de 1998. Consecuencia de lo anterior es la irrelevancia que padecen las cláusulas compromisorias insertas en los encargos fiduciarios celebrados entre cada uno de los convocantes y Fiduciaria Alianza S.A.

10.- Para terminar este aspecto de la competencia del Tribunal es preciso tener en cuenta que de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia *“los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*. Esto significa que el propio constituyente habilitó a los particulares para atribuir o delegar transitoriamente la función de administrar justicia en particulares con la calidad de árbitros, para dictar laudos en derecho o en equidad, lo cual no es sino el trasunto del carácter prioritario que la ley atribuye o concede a los particulares para solucionar sus propios conflictos (autocomposición) o delegar en particulares la función de dirimir éstos, caso en el cual surge o nace la figura de la heterocomposición (arbitraje). Es decir, que la función jurisdiccional del Estado o de la justicia arbitral es subsidiaria y no actividad principal (Cfr. Ugo Rocco, *“Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomos I y II*, Editorial Temis, Bogotá, Depalma, Buenos Aires, 1970).

12.2. Término de duración del proceso arbitral

1.- El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil distingue claramente las hipótesis de suspensión voluntaria y suspensión legal. En efecto: a propósito de la suspensión consensual o voluntaria el numeral 3 de este precepto claramente la contempla al advertir que: *“cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado, verbalmente en audiencia o diligencia, o por escrito autenticado por todas ellas como se dispone para la demanda”*. Esta categoría de suspensión la ha analizado la doctrina procesal, la cual la enmarca dentro de la llamada suspensión consensual por acuerdo de las partes, vale decir, la suspensión creada por voluntad de las partes o intervinientes en el proceso. Inicialmente el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989 abordó el tema de la interrupción y la suspensión del proceso arbitral, el cual fue modificado por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, conforme al cual *“si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalará el término para la duración del proceso este será de seis meses contados desde la primera audiencia de trámite... En todo caso se adicionarán al término los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”*.

No es del caso profundizar el Tribunal en las diferencias o similitudes existentes entre el fenómeno de la interrupción y suspensión de un proceso, cualquiera sea su categoría. Importa sí, resaltar que de conformidad con el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil están legitimadas las partes y terceros

intervinientes en el proceso, para pedir de común acuerdo, *“por tiempo determinado, verbalmente en audiencia o diligencia”*, la suspensión del mismo. Obsérvese bien que el legislador previó la suspensión del proceso *“por tiempo determinado”* acogiendo así el principio soberano de la autonomía de la voluntad de los particulares, la cual en ningún momento contradice el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 2 de la Ley 794 del año 2003.

Lo últimamente expuesto significa que la suspensión prevista en el numeral 3 del artículo 170 del C.P.C. es el producto *“de una voluntad concorde de las partes, cuando estas, por varios eventos, consideren oportuno que el proceso se detenga, es decir, entre en un periodo limitado de quietud”* (Ugo Rocco, Tratado de Derecho Procesal Civil, Parte Especial, Tomo III, Edit. Temis Depalma, 1976, pág. 270).

Con relación al término de duración de este proceso arbitral, es importante observar, a juicio del Tribunal, que solamente han existido dos suspensiones que se enuncian y explican, así:

- a) La primera suspensión consensual o voluntaria, a la cual se refiere el acta No. 32, comprendió exactamente 30 días calendario, la cual se inició el lunes 13 de septiembre de 2004 a las 8:00 a.m. y finalizó el martes 12 de octubre del mismo año, a las 6:00 p.m. esta primera suspensión fue eminentemente voluntaria o consensual, al tenor del numeral 3 del art. 170 del C.P.C.
- b) La segunda suspensión, (de carácter legal) con motivo de la renuncia del árbitro Humberto Molano Molina, tuvo duración de 7 días hábiles, la cual se inició el 06 de diciembre de 2004 y finalizó el miércoles 15 de diciembre del mismo año, con la aceptación del nuevo árbitro, doctor Diego Saldarriaga Barragán. Por tratarse esta última de una suspensión legal, el término de su duración comprendió apenas 7 días hábiles, de conformidad con el art. 62 del Código de Régimen Político y Municipal que subrogó el 70 del CC, el cual establece que dice: *“en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario”*.

Es conveniente recordar que la subrogación del artículo 70 del CC por el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, no es nada diferente de la sustitución de un texto legal íntegro por otro, por lo cual no puede identificarse con la derogación, ni la llamada abrogación de una ley, ya que la derogación

consiste en dejar parcialmente sin efecto una ley, mientras que la última consiste en dejarla sin efecto totalmente.

Es verdad que por auto No. 80 de 31 de enero de 2005 (acta No. 41), el Tribunal enunció una tercera suspensión, decretada en auto 78 del 22 de diciembre de 2004, la cual se extendía hasta el 30 de enero de 2005. Sin embargo, un análisis posteriormente realizado por el Tribunal determinó que esta última (tercera) suspensión no podría computarla como período de paralización del proceso desde el jueves 23 de diciembre de 2004 hasta el 30 de enero de 2005, ya que la mencionada suspensión no fue coadyuvada por los apoderados de las sociedades llamadas en garantía, tal como consta en el acta No. 40 del 22 de diciembre del año 2004. Las razones en virtud de las cuales el Tribunal no contó este término de suspensión del proceso se hallan expuestas en el acta No. 41 de 31 de enero de 2005.

Para el Tribunal de Arbitramento la primera suspensión del proceso decretada a partir 13 de septiembre de 2004 y finalizada el martes 12 de octubre del mismo año a las 6:00 p.m., tiene plena eficacia legal, a la luz del artículo 170 del C.P.C., suspensión consensual o voluntariamente solicitada por los apoderados de las partes y sociedades llamadas en garantía. Que tanto el apoderado de los convocantes como los apoderados de la Sociedad convocada Alianza Fiduciaria S.A., el curador ad litem Proplaza Ltda. y los abogados que han representado en este mismo proceso a las llamadas en garantía fueron unánimes al solicitar la suspensión de este proceso desde el 13 de septiembre de 2004 a las 8:00 a.m. al 12 de octubre de ese mismo año, inclusive.

Tal como consta en el expediente, en esta primera suspensión ninguno de los apoderados hizo salvedad alguna en cuanto al período o término de suspensión del mismo. Por el contrario, obraron de consuno, al pedir la suspensión del proceso desde y hasta las fechas antes mencionadas. No es cierto entonces que los apoderados hubiesen solicitado la suspensión por el período o plazo de un mes calendario, como lo ha sostenido reiteradamente el apoderado de Alianza Fiduciaria S.A., argumento que ha sido respaldado por el curador ad litem de la sociedad Proplaza Ltda. y los abogados de las compañías llamadas en garantía.

Observa además este Tribunal de Arbitramento que la primera suspensión del proceso se realizó en la audiencia del 10 de septiembre del año 2004 (acta No. 32), y en efecto, en el numeral 8 del auto 68 de la misma fecha se expresó que:

*“a petición de todos los apoderados de las partes y del curador ad litem decretase la suspensión de este proceso arbitral desde el lunes trece de septiembre de 2004 a las 8:00 a.m., hasta el martes 12 de octubre a las 6:00 p.m. (inclusive)”. Como podrá advertirse, los apoderados de las partes y el curador ad litem de la sociedad Proplaza Ltda. y las llamadas en garantía, no solicitaron al Tribunal **la suspensión del proceso por un mes (calendario)**, caso en el cual dicho plazo habría terminado a la media noche del último día de este, es decir, el 13 de octubre del año 2004 y no el 12 del mismo mes y año. Esta afirmación la ratifica el Tribunal aplicando estrictamente lo dispuesto en el artículo 59 del C. de R.P. y M. que subrogó el artículo 67 inciso primero del C.C. Colombiano.*

Estas consideraciones permítenle al Tribunal no aceptar el argumento reiterado por el apoderado de Alianza Fiduciaria S.A. consistente en afirmar que los apoderados de las partes, el curador ad litem y las sociedades llamadas en garantía suspendieron el proceso por un mes, ya que, por el contrario, la suspensión la solicitaron todos los apoderados, incluyéndose el curador ad litem y las llamadas en garantía desde una fecha determinada (13 de septiembre de 2004 8:00 a.m.) hasta el martes 12 de octubre a las 6:00 p.m. inclusive. A esta clase de suspensión ya se refirió el Tribunal en párrafos anteriores, *la cual calificó de voluntaria o consensual, de acuerdo con el artículo 170 del C.P.C. y la enseñanza reiterada de la doctrina procesal.*

En conclusión: el Tribunal de Arbitramento no suspendió este proceso por un mes calendario sino desde el 13 de septiembre de 2004 hasta el 12 de octubre a las 6:00 p.m. En consecuencia, si se admitiese por el Tribunal la tesis del apoderado de Alianza Fiduciaria S.A. consistente en aceptar el cómputo del término de la primera suspensión del proceso por un mes calendario, lo cual riñe con la realidad procesal y con las normas citadas del C. de R.P. y M. Necesariamente habría que contabilizar 31 días calendario del 13 de septiembre al 13 de octubre del año 2004, y no 30 días hábiles como lo ha interpretado el Tribunal acatando así la voluntad de los apoderados de las partes, el curador ad litem y los apoderados de las sociedades llamadas en garantía, quienes suscribieron en su totalidad el acta No. 32, en la cual se reprodujo el auto 68 numeral 8 de la parte resolutive de la aludida providencia.

En este orden de ideas es viable suprimir en el computo de esta primera suspensión del proceso los días feriados y de vacantes, ya que el artículo 62 del C. de R.P. y M. que subrogó el art. 60 del C.C. claramente establece que *“en los*

plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario”..., interpretación que se refrenda con lo dispuesto en los artículos 120 y 121 del C.P.C. Además es preciso tener en cuenta que el presente arbitramento no es independiente sino de carácter institucional, sujeto en cuanto a horario de atención al público al reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, lo cual significa que ningún Tribunal de Arbitramento puede sesionar los días sábados, domingos y festivos. Circunstancia por la cual tampoco sería posible descontar del primer término de suspensión voluntaria o consensual solicitada tanto por los apoderados de las partes, como por los de las sociedades llamadas en garantía y el curador ad litem de Proplaza Ltda. los días inhábiles, tales como sábados, domingos y festivos.

En resumen: para el Tribunal el cómputo del primer término de suspensión voluntaria o consensual del proceso es *de 30 días hábiles* (13 de septiembre al 12 de octubre del año 2004) por las razones dada anteriormente, y no de un mes calendario computado desde el 13 de septiembre del año 2004, *ya que así no lo solicitaron los apoderados intervinientes en el proceso* (acta 32 del 10 de septiembre de 2004). Finalmente, destaca el Tribunal que el art. 103 de la ley 23 de 1991 el cual subrogó el art. 19 del Decreto 2279 de 1989 estableció que *“si en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados desde la primer audiencia de trámite. El término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. En todo caso se adicionarán al término los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”*

Este Tribunal, acogiendo al art. 103 de la ley 23 de 1991, el cual subrogó el art. 29 del Decreto 2279 de 1989, adicionó al término inicial de duración del proceso arbitral (6 meses calendario) contado a partir del 29 de diciembre del año 2004, el término de 30 días hábiles que duró en quietud de acuerdo con la Ley, la primera suspensión del proceso (13 de septiembre al 12 de octubre de 2004), y posteriormente el mismo Tribunal agregó o adicionó los 7 días hábiles en que permaneció suspendido legalmente el proceso, por inhabilidad de uno de los árbitros consistente en la renuncia presentada ante el Tribunal por el doctor Humberto Molano Molina el 6 de diciembre del año 2004. Esta suspensión legal duró hasta el 15 de diciembre del mismo año, fecha de aceptación del cargo por

el nuevo árbitro designado por la Cámara de Comercio de Cali, doctor Diego Saldarriaga Barragán. *Esta última suspensión fue legal, a diferencia de la primera suspensión que fue de carácter consensual o voluntaria. Por tanto, le es aplicable el art. 62 del C. de R.P. y M. que subrogó el art. 70 del Código Civil, vale decir que en este último caso es necesario suprimir los sábados, domingos y feriados, a menos de expresarse lo contrario.*

No tiene en cuenta el Tribunal en el presente caso la tercera suspensión a la cual hizo referencia el auto No. 78 del 22 de diciembre de 2004 (acta 40), por las razones brevemente expuestas en la parte expositiva y resolutive del auto 80 del 31 de enero de 2005 (acta No. 41). En consecuencia, estima este Tribunal de Arbitramento que el término de duración del proceso se extiende hasta el día lunes 21 de febrero de 2005, a las 6:00 p.m., computando los dos términos de suspensión que ha tenido el proceso, corrigiéndose así el error en el que incurrió el Tribunal en la mencionada acta No. 41 al señalar como fecha final de duración del proceso el día martes 22 de febrero de 2005.

12.3 Presupuestos Procesales

La doctrina procesal y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana han considerado de vieja data que los presupuestos procesales son aquellos requisitos necesarios para la válida formación de la relación jurídica procesal, vale decir, indispensables para que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión y hechos constitutivos de las excepciones de mérito que estén debidamente probados y hayan sido además alegados cuando la ley así lo requiera, o los que oficiosamente deben considerar el juez.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha reconocido unánimemente como presupuestos procesales: a) capacidad para ser parte; b) capacidad procesal o capacidad para comparecer como parte; c) competencia del juez o tribunal; d) demanda en forma; e) trámite adecuado.

Considerados los presupuestos procesales como los pilares necesarios para el válido nacimiento de la relación jurídica procesal, sin cuya presencia no le es dable al juzgador dictar sentencia estimatoria o de fondo, se comprende entonces la necesidad para el juzgador de analizar, antes de decidir la cuestión sustancial planteada por las partes, la existencia o inexistencia de estos presupuestos que

miran fundamentalmente al ejercicio de la acción y al normal nacimiento de la relación jurídico procesal

“Los presupuestos procesales se refieren a la formación válida y eficaz de la relación jurídico procesal y hacen relación al ejercicio del derecho de acción y al acto jurídico llamado demanda, analizados desde el punto de vista meramente procesal sin atender por ahora a la suerte de la pretensión; ellos determinan el nacimiento válido del proceso, el normal desarrollo de éste y su natural culminación con la sentencia”.

Como en todo este tema campea la teoría del acto jurídico, los presupuestos procesales vigilan los requisitos para la existencia y validez de la relación jurídica procesal (Cfr. laudo arbitral de fecha 5 de diciembre de 1994, proferido por el Tribunal de Arbitramento promovido por Sadeico S.A. frente a Empresas Municipal de Cali – EMCALI, página 43).

Como puede observarse, los presupuestos se enmarcan en la etapa de formación del proceso y no en la de desarrollo. Es aquí, al comienzo de la relación jurídica procesal, donde el juez tiene que detenerse para evitar vicios o defectos que irremisiblemente afectarían los actos procesales propios de la fase de desarrollo y los de la terminación del proceso. Por ello, se explica el celo del Código de Procedimiento Civil en la profusión de preceptos tendientes a evitar la irregular formación del proceso (artículos 37, 38, 75, 77, 82, 83 85).

En el caso materia de este estudio, considera este Tribunal de Arbitramento satisfechos los presupuestos procesales, a la luz de las enseñanzas de la doctrina y jurisprudencia nacionales enunciadas, aclarando sí que los señores Rosa Emilia Kubler Arias y Peter Alvarez no pueden ser considerados como sujetos procesales convocantes.

Lo anteriormente expuesto significa que el Tribunal no considerará en cambio como sujetos procesales convocantes a las señoras Clara Rita Arias de Kubler y Ana Margarita Echeverri Barona, fallecidas antes de presentada la demanda. Tampoco deberá de tenerse en cuenta como parte convocante ni como sucesoras procesales a los señores Rosa Emilia Kubler Arias y Peter Alvarez. Las razones que llevan a este Tribunal están debidamente consignadas en el auto No. 88 de fecha 4 de febrero de 2005, contenido en el acta No. 43 del mismo día. Una solución contraria implicaría admitir como sujeto procesal demandante a

quien requiriendo patrocinio de abogado no ha conferido poder especial para actuar en el proceso, cuando se trate de desde luego de asunto de mayor cuantía, (artículos 25, 28 y 29 del Decreto 196 de 1971), o para actuar por sí mismo, en aquellos negocios de mínima cuantía.

Requisitos de existencia y validez

Antes de entrar a analizar el Contrato de Fiducia Mercantil es conveniente tener en cuenta los requisitos de existencia y validez de los negocios jurídicos.

El artículo 1502 del Código Civil nos ilustra acerca de los requisitos que una persona, natural o jurídica debe ostentar para obligarse a otra mediante un acto o declaración de voluntad, a saber: “1. Que sea legalmente capaz; 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3. Que recaiga sobre un objeto lícito. 4. Que tenga una causa lícita” De igual manera define el término capacidad, consistente en poder obligarse por si mismo y sin el ministerio o la autorización de otro.

Tenemos que el Contrato de fiducia mercantil celebrado entre Alianza Fiduciaria S.A., Promotora Plaza de Caicedo Ltda., Proplaza Ltda. y los Fideicomitentes o Beneficiarios enunciados en el acápite correspondiente de la demanda, actuaron todos dentro de los parámetros a que se refiere el artículo 1502 del Código Civil, ya enunciado, normatividad que para la legislación comercial se aplica en virtud de lo dispuesto por el artículo 2 del Código de Comercio.

A su vez, el artículo 864 del Código de Comercio establece que: “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”

El contrato que nos ocupa está contenido en la Escritura Pública No. 4889 de diciembre 1º. de 1.993, otorgada en la Notaría Once del Círculo de Cali, en el que actúan Promotora Plaza de Cayzedo Ltda., “Proplaza Ltda.” como Fideicomitente y Fiduciaria Alianza S.A. como Fiduciaria. En dicho instrumento público se transfirió y por tanto se constituyó un Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso ADM-431 Terrazas de Chipichape Alianza, en relación al inmueble denominado Lote Especial No. 2, con matrícula inmobiliaria No. 370-0436435 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali.

Con la citada Escritura Pública 4889 se reglamentó el Contrato de Fiducia de Administración de un inmueble, con instrucciones especiales, que obra en la Escritura Pública No. 4237 de Octubre 13 de 1993 de la misma Notaría Once de Cali.

De todo lo anterior se establece con meridiana claridad que el Contrato de Fiducia se celebró en cumplimiento de los requisitos exigidos por nuestra legislación comercial en los artículos 1.226 y siguientes, así como también dándole cumplimiento a lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, compendiado en el Decreto 663 de 1.993.

Sirven los anteriores razonamientos para que este Tribunal considere existentes y válidos los contratos celebrados por los convocantes tales como Promesa de Cesión, y Cesión de beneficio y el Encargo Fiduciario, razón por la cual habrá de rechazarse, como en efecto se habrá en la parte resolutive de este laudo, las pretensiones del escrito de demanda contenida en el acápite I. Pretensiones principales, numerales 1) literales a., b., c. , 2), 3), 4), 5), 6) y 7).

El contrato de Fiducia

Así las cosas debe entrar el Tribunal a efectuar una breve reseña de lo que es el Contrato de Fiducia, definido por nuestra legislación comercial.

El artículo 1226 del Código de Comercio, define la FIDUCIA MERCANTIL, como *“.... un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.”*

A su vez, el Decreto 663/93 contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero regula lo pertinente en cuanto a las entidades encargadas de prestar el servicio Fiduciario.

Desde el punto de vista contractual, la doctrina lo define como el acuerdo de voluntades por medio del cual una persona transfiere a otra uno o más bienes especificados, con la obligación por parte de esta, de administrarlos o de enajenarlos para cumplir una determinada finalidad impuesta por el constituyente en su propio provecho o de un tercero beneficiario.

Se encuentra entonces un elemento real y uno personal en el negocio fiduciario. El primero referido a la transferencia de la propiedad a favor del fiduciario; y el segundo, en virtud del cual las facultades inherentes al derecho de dominio están subordinadas a los términos concretos impuestos por el constituyente.

José Alejandro Bonivento en su obra “Los Principales Contratos Civiles y Comerciales”, tomo II sexta edición, considera que el Contrato de Fiducia Mercantil tiene las siguientes características: *“Es un contrato bilateral, principal, nominado, oneroso, solemne y de tracto sucesivo. Es bilateral, en cuanto comporta obligaciones para las*

partes, así: Para el fiduciante, la de transferir los bienes especificados y pagar la remuneración; y para el fiduciario, la de administrar los bienes o enajenarlos según los términos del negocio. Nominado, por cuanto está consagrado en el código de comercio. Oneroso, en cuanto fiduciante y fiduciario se gravan recíprocamente en procura de beneficios, el primero transfiriendo el bien para una finalidad, el segundo, administrándolo y recibiendo una remuneración. Solemne, porque en el caso de inmuebles se requiere que su constitución sea por escritura pública, caso contrario para los muebles, en que se puede constituir por documento privado, según lo reconocen la doctrina, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Superintendencia Bancaria en concepto del 7 de junio de 1993”.

En los artículos 1234, 1235 y 1236 del Código de Comercio se precisan los deberes indelegables del Fiduciario, los derechos del Beneficiario y los derechos del Fiduciante. Dichas normas son aplicables a los Fideicomisos de Inversión, de garantía, de administración, así como también a aquellos denominados de administración inmobiliaria de proyectos de construcción.

En relación a la definición que del Contrato de Fiducia hace el Código de Comercio, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-086 de marzo 1º de 1995 manifestó:

*“puede decirse que de la norma transcrita se colige que de este negocio jurídico se derivan dos partes necesarias, fiduciante y fiduciaria, y una eventual: el beneficiario o fideicomisario. De igual forma, puede señalarse que los elementos característicos de este tipo de contratos son los siguientes: el primero puede definirse como un elemento real, según el cual en la fiducia mercantil se presenta una verdadera transferencia de bienes sobre los bienes fideicomitidos (...) tanto la transferencia de dominio como la constitución de un patrimonio autónomo, son dos de los elementos sin los cuales no podría existir el contrato de fiducia mercantil. Un segundo elemento de este tipo de negocios jurídicos es el que puede calificarse como personal, en el cual los fines establecidos por el fiduciante para la administración de los bienes por parte del fiduciario se enmarcan dentro de la figura del **trust** o de la confianza que el primero deposita en el segundo – es decir, son sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria-, habida cuenta de sus capacidades, su experiencia o su good will con una destinación o una finalidad determinada, de cuyos frutos se beneficiará el mismo constituyente o un tercero”*

La Superintendencia de Valores también se ha referido a la Fiducia Mercantil, en los siguientes términos:

“FIDUCIA MERCANTIL.- el objeto del negocio jurídico fiduciario es enajenar o administrar los bienes fideicomitidos, para el cumplimiento de una finalidad encomendada, consistente en

una obligación de dar, hacer o no hacer, que debe cumplirse en relación a dicho patrimonio fideicomitado y frente al beneficiario.

En dicho contrato típico se constituyen como partes:

- a) El fiduciante o fideicomitente o constituyente: A quien corresponde la carga de la transferencia de los bienes y la determinación del objeto;
- b) El fiduciario, persona jurídica constituida expresamente para ejecutar este tipo de contratos, quien administra o enajena el patrimonio fideicomitado en cumplimiento del encargo hecho por el fiduciante, y
- c) El beneficiario, aquél en cuyo favor se celebró el contrato.

Siendo además las características de esta clase de Contratos:

1. La Confianza

Exige un conocimiento mutuo porque es de doble vía, tanto del cliente (constituyente) a la entidad fiduciaria, como de ésta a él.

2. Finalidad por cumplir

Debe quedar claramente establecida para evitar posibles abusos, se limita a desarrollar de manera eficiente el encargo fiduciario dado por el fideicomitente al fideicomisario.

3. Gestor profesional

En atención a sus características especiales, el contrato fiduciario sólo puede celebrarse a través de las sociedades fiduciarias en tal calidad, que por ser sociedades de servicios financieros cuya actividad es de interés público, están sujetas a estatutos especiales.

Las sociedades fiduciarias están en la obligación de sujetarse a las normas de los establecimientos bancarios, de tener objeto exclusivo y de constituirse como sociedades anónimas. En consecuencia, su capacidad jurídica como sociedades comerciales que son, según lo previsto en los artículos 99 y 100 del Código de Comercio, debe circunscribirse a las actividades derivadas de su objeto social, expresamente autorizadas por el legislador, en virtud del cual gestiona negocios ajenos, de suerte que se le permite efectuar transacciones en desarrollo tanto de su objeto social principal, como de las actividades propias de la sociedad.

4. La separación absoluta de bienes

Para advertir que la sociedad fiduciaria está obligada a mantener separados jurídica y contablemente los bienes objeto de la fiducia, afectos a un determinado fin, de su activo propio y de los demás negocios fiduciarios, de manera que siempre sea posible establecer a qué negocio o negocios corresponde determinado bien o transacción, e igualmente a individualizar cuando se efectúen depósitos bancarios con dinero proveniente de negocios fiduciarios, que no puede aparecer como propio.

5. La constitución de un patrimonio autónomo

Como característica esencial, vale la pena destacar el que los bienes que el fiduciante transfiere al fiduciario salen definitivamente del patrimonio de aquél y no forman parte del patrimonio de éste, dando lugar a la constitución de un patrimonio autónomo afecto únicamente al servicio de los fines del contrato, independiente también de los demás bienes adscritos a otros negocios fiduciarios. En efecto, en desarrollo del contrato de fiducia, se transfiere el dominio de los bienes fideicomitidos, al fiduciario, para el cumplimiento de un determinado fin, pero los mismos tampoco entran a hacer parte del patrimonio propio de la sociedad fiduciaria, por constituir desde ese momento, un patrimonio autónomo sin personería jurídica del que sólo se puede disponer para llevar a cabo la finalidad encomendada y que por tanto tampoco constituye garantía de los acreedores de la sociedad fiduciaria.

Por lo anterior, el fiduciario está en la obligación de mantener separados contablemente los bienes fideicomitidos de los suyos propios y de los demás negocios fiduciarios. El patrimonio autónomo así conformado, a pesar no tener personería jurídica, puede ser sujeto de derechos y obligaciones como consecuencia de la administración que de él haga la sociedad fiduciaria, que lo representa, al servicio del contrato de fiducia, pues el objeto de éste determina el manejo de los bienes y las obligaciones de la fiduciaria, como quiera que el patrimonio fideicomitido debe destinarse al cumplimiento de la finalidad indicada.

6. La temporalidad

La entidad fiduciaria nunca adquiere la propiedad absoluta de los bienes recibidos en fiducia; al terminar el contrato los devuelve al constituyente, a quién éste indique, e igualmente, el encargo fiduciario se limita de manera temporal a un máximo de 20 años.

7. La elasticidad

Permite realizar todas las finalidades lícitas que las necesidades o la imaginación que los clientes determinen para el objetivo que se proponen.

A su vez la Superintendencia Bancaria mediante la circular básica jurídica, título V, páginas 8 a 10, divulgada mediante circular externa 007 de Enero 19/96, toca lo atinente a las clases de negocios fiduciarios, siendo de vital importancia, para el caso que hoy ocupa a este Tribunal, determinar los acápites correspondientes en cuanto a los fideicomisos de administración y de administración inmobiliaria de proyectos de construcción. Al respecto se refiere así:

“... **Fideicomiso de administración.** Para estos efectos, se entiende por negocios fiduciarios de administración aquellos en los cuales 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.

Fideicomiso de administración inmobiliaria de proyectos de construcción. Para estos efectos se entiende por fideicomiso de administración inmobiliaria de proyectos de construcción, aquél negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la entidad fiduciaria para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato”

El artículo 1226 del Código de Comercio, en su inciso final, establece que solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

Este inciso final se entiende modificado por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663/93), cuando en el artículo 118 dispone que los establecimientos de crédito no podrá prestar servicios fiduciarios, salvo tratándose de operaciones de recaudo y transferencias de fondos que sean complementarias a sus actividades o cuando obren como agentes de transferencia y registro de valores o como depositarios. En resumen la norma en cuestión señala cuáles instituciones financieras de creación legal pueden actuar como fiduciarias, a diferencia del fideicomitente que podrá ser personas física o jurídica, que tenga desde luego capacidad de disposición, razón por la cual se siguen en este caso los principios del derecho común en materia de capacidad. Y en cuanto al fideicomisario o beneficiario, puede serlo cualquier persona física o jurídica, vale decir, todo sujeto con capacidad de goce, así carezca de capacidad de ejercicio.

Ahora bien, el asunto preponderante en este proceso es la responsabilidad que le atañe a la Fiduciaria convocada, derivada del contrato de fiducia.

En primer término, es primordial analizar los deberes indelegables de la Fiduciaria, que se encuentran contenidos en el artículo 1234 del Código de Comercio. El numeral 1. de esta norma establece como deber indelegable *“realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”*

A su vez el artículo 1243 de la misma codificación nos indica que la Fiduciaria responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.

Para analizar la responsabilidad que le atañe a la Fiduciaria en el contrato que nos ocupa, debe acudir este Tribunal a lo enunciado en los acápites correspondientes y que el apoderado de los convocantes denomina como causales de incumplimiento de obligaciones de Fiduciaria Alianza S.A. y que constan en el escrito de convocatoria.

En resumen, se le endilga a la Fiduciaria diferentes incumplimientos, entre los cuales cabe resaltar los que para este Tribunal tuvieron mayor incidencia en el fracaso del negocio fiduciario, como son los de "... falta de vigilancia" de los contratos de gerencia del proyecto..." "... no obrar con la diligencia y cuidado suficiente en el problema de la conformación rocosa del lote de terreno..." "... pagos sin consulta a los beneficiarios por movimiento de tierra la suma de \$1.332.096.600, en donde se encuentran incluidos los \$1.059.089.322 del sobre costo por voladura de roca ...", entre otros.

Es por lo anterior que el Tribunal debe entrar a estudiar si hubo tal responsabilidad de la Fiduciaria en el fracaso del proyecto. Para ello es conveniente acudir a la autorizada ilustración que el profesor Jorge Suescún Melo hace en su obra Derecho Privado – Estudio de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, relativa a la responsabilidad contractual, presunción de culpas y medios para desvirtuarla.

Al respecto se pronuncia así el doctor Suescún Melo:

"... Es principio general de derecho que quien alega algo procesalmente debe probarlo. Por ello, el artículo 1757 del Código Civil establece que "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta", plasmando así textualmente lo que se denomina Carga de la Prueba u *"onus probandi"*.

En consecuencia, quien ejercita una acción judicial para demandar el reconocimiento o preservación de un derecho debe demostrar los elementos de su pretensión.

En materia de responsabilidad civil el régimen general sobre la carga de la prueba sigue, en principio, los mismos lineamientos. Por esto, quien demanda la reparación de un perjuicio con apoyo en las disposiciones sobre responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio -que constituye la regla general de esta responsabilidad- debe probar la existencia de los elementos que originan tal responsabilidad, vale decir, un hecho u omisión, la culpa del demandado, la generación de un daño para el demandante y el vínculo de causalidad entre el hecho culposo y el perjuicio sufrido. Todos estos elementos están implícitos en el texto del artículo 2341 del Código Civil, sobre el cual descansa el sistema de responsabilidad civil en nuestro derecho. En efecto, dicho artículo dispone: "el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)". De esta norma se desprenden los elementos antes dichos y todos ellos, salvo excepciones, deben ser probados por quien persigue la reparación.

Sin embargo, en ocasiones la labor probatoria se torna particularmente difícil y compleja, lo que puede llevar a que el perjuicio sufrido no se repare, propiciándose así una cierta impunidad del agente del daño.

Frente a esta realidad el legislador decide, en algunos casos, ayudar a la víctima en su labor probatoria, normalmente aliviándole la tarea de demostrar la culpa de quien ocasiona el daño, de manera que quien busca reparación deberá limitarse a probar el hecho o la omisión del demandado y la generación consecuencial del daño que dice haber sufrido, así como su naturaleza (cierto, directo, previsible) y su cuantía.

La culpa, como se explicó, suele ser un elemento esencial de la responsabilidad civil, razón por la cual en nuestro derecho tal responsabilidad es subjetiva, al requerir que el agente haya incurrido en un error de conducta, de donde se desprende un reproche o una valoración negativa de su comportamiento, lo que equivale a la imputabilidad moral.

El legislador, cuando quiere ayudar probatoriamente a quien ha recibido un perjuicio, puede suprimir la culpa de entre los elementos de la responsabilidad civil, o puede darla por supuesta, esto es, puede presumir su existencia, lo que hace que el demandante no esté obligado a demostrarla, trasladándose al demandado la labor de desvirtuar dicha presunción. Se trata, entonces, de la inversión de la carga de la prueba, pues no será la víctima la encargada de demostrar la culpa, sino el demandado el llamado a probar que no la hubo...”

En el presente caso tenemos que Alianza Fiduciaria S.A. no tuvo en cuenta lo advertido en el estudio de suelos que realizara la Firma Carlos H. Parra y Asociados, a través del Ingeniero Carlos Humberto Parra, estudio de suelos del cual cabe resaltar que el suelo donde se proyectaba adelantar la construcción presentaba serios problemas por su conformación rocosa.

No son muchos los casos en los que el legislador suprime la culpa como elemento configurativo de la responsabilidad civil. Cuando lo hace se requiere una norma específica que así lo establezca, pues de otra manera se aplicará el régimen común, el que, como vimos, es subjetivo, lo que significa que exige la existencia de una culpa -bien sea probada o presunta- para que nazca la obligación de reparar. La supresión de la culpa da lugar a la denominada responsabilidad objetiva, en la que sólo se requiere un vínculo causal mecánico entre el hecho o la omisión del agente y el daño generado, sin que deba hacerse ninguna valoración de conducta, pues se deduce la existencia de responsabilidad con base en meros elementos objetivos.

Un evento de responsabilidad objetiva extracontractual es el previsto por el artículo 1827 del Código de Comercio relativo a daños causados por aeronaves a terceros en la superficie, quienes según esta norma tienen derecho a ser indemnizados por el explotador de la nave "con sólo probar que tales daños provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o cosa caída de la misma (...)". No cabe aquí, como puede observarse, ningún examen de la conducta del explotador del avión, ni la búsqueda de un error de conducta, ni la formulación de reproches o de imputación moral. Por la sola demostración del daño y su vinculación mecánica con una nave en vuelo se produce la responsabilidad y nace la obligación de reparar.

Por el contrario, son diversos los casos en los que el legislador invierte la carga de la prueba de la culpa en beneficio de quien demanda resarcimiento de los daños sufridos. No desaparece en estos eventos la culpa como elemento de la responsabilidad, de suerte que ésta continúa siendo subjetiva. Lo único que cambia es la persona a quien corresponde su prueba, ya que no será el demandante el llamado a demostrarla sino el demandado el que habrá de acreditar que él no incurrió en error de conducta que comprometa su responsabilidad.

Así por ejemplo, en la responsabilidad por el hecho de los dependientes, cuando estos causan perjuicios en desarrollo o con ocasión del cumplimiento de sus funciones, se presume que ha habido culpa del superior o patrono, ya sea por una inadecuada supervigilancia -culpa *in vigilando*- o por una defectuosa escogencia del subordinado -culpa *in eligendo*-. Al respecto nuestra jurisprudencia ha señalado que la "presunción (...) en contra de las personas a cuyo cargo corre el cuidado de la subordinada se fundamenta en el hecho legalmente establecido de que la culpa ocurrió como efecto de una falta de vigilancia o de una mala elección". Y agrega que "para que haya lugar a esta responsabilidad por el hecho ajeno es necesario que se demuestren los tres elementos que esencialmente integran toda responsabilidad civil, esto es, una culpa que cause daño, y además, la existencia de un vínculo subordinación o dependencia entre una persona y la autora del daño. La culpa de la persona subordinada o dependiente es la fuente de la obligación indemnizatoria, y su prueba está sometida a las reglas generales; la culpa que presume aquí la ley es la de la persona que ella señala como responsable indirecta"².

Otro caso de presunción de culpa se presenta en los daños ocasionados en desarrollo de las llamadas actividades peligrosas, responsabilidad reglada por el artículo 2356 del Código Civil. En esta hipótesis, el demandante deberá demostrar que el perjuicio sufrido se produjo como consecuencia de la ejecución de una actividad peligrosa, con lo que se presumirá la culpa del ejecutor de tal actividad.

Este régimen especial fue acogido por primera vez en nuestra jurisprudencia en 1938, basándose en el principio de que quien desarrolla una actividad, de la cual obtiene beneficios, debe asumir también los riesgos que conlleva tal actividad, con lo cual se establece una distribución equilibrada de cargas y beneficios sociales.

Según la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, el régimen especial aplicable a las actividades peligrosas ha de observarse "cuando el hombre para desarrollar una labor adicional a su fuerza una "extraña", que al aumentar la suya rompe el equilibrio que antes existía con los asociados y los coloca "en inminente peligro de recibir lesión", aunque la tarea "se desarrolle observando toda la diligencia que ella exige".

En este régimen especial de responsabilidad por el desarrollo de actividades peligrosas, se limitan los medios de exoneración del demandado, pues éste sólo puede desvirtuar la presunción de culpa mediante la prueba de fuerza mayor, del hecho de un tercero o de la culpa exclusiva de la víctima, de manera que a esta le basta demostrar "los hechos que determinan el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido".

En estricto sentido, la prueba de una cualquiera de las mencionadas eximentes de exoneración demuestra que el daño no fue causado por el ejercicio de la actividad peligrosa del demandado sino por una causa extraña, rompiéndose así el vínculo causal entre dicha actividad y el perjuicio. En últimas, la prueba de la causa extraña demuestra que el demandado no fue el autor del daño, lo que coloca el debate en el campo de la autoría o de la relación de causalidad y no en el de la culpabilidad, pues al demandado de nada le sirve acreditar su prudencia y cuidado si fue el causante del daño. Lo que lo exonera no es la ausencia de culpa, sino la prueba de que una causa extraña produjo el suceso.

Confundiendo un tanto autoría y culpabilidad, se dice que esta responsabilidad no es plenamente objetiva, pues admite la defensa basada en la demostración de la causa extraña; en todo caso, al no permitírsele al demandado invocar su prudencia y diligencia o, lo que es lo mismo, la ausencia de culpa, se convierte en un régimen objetivo', así sea atenuado, pues si no logra probar la causa extraña, el demandado habrá de ser condenado, aunque no haya incurrido en culpa. La posibilidad de que se declare una responsabilidad sin culpa significa que el legislador coloca en cabeza de quien ejerce una actividad los riesgos inherentes a la misma. Se trata de la llamada Teoría del Riesgo Creado, que explicaremos más adelante. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha manifestado, en varias ocasiones, que el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas no conlleva el reconocimiento de la Teoría

del Riesgo. Sin embargo, sólo esta teoría explica la posibilidad de que haya responsabilidad sin culpa.

La jurisprudencia de la Corte ha considerado como actividades peligrosas, entre otras, las labores que conllevan el empleo de máquinas o la generación, utilización, distribución o almacenamiento de energía. Mas concretamente ha calificado como actividad peligrosa la conducción de vehículos automotores, la construcción, la utilización de elevadores de carga, la conducción de ganado en las vías públicas, las fumigaciones aéreas, la utilización de explosivos, la emisión de gases, etc.'.

Con todo, ha de señalarse que el carácter peligroso de una actividad no se establece de manera automática, toda vez que la peligrosidad es una cuestión de hecho que debe ser examinada con apoyo en criterios objetivos, en cada caso concreto, excepto que el legislador haya considerado como tal a una específica actividad'.

La presunción de culpa también tiene lugar, como regla general, en la responsabilidad contractual, como pasamos a explicarlo.

Prueba del contrato y de las obligaciones que de él se derivan

Como quiera que la base de la responsabilidad civil contractual es el incumplimiento de una obligación preestablecida, vale decir, pactada entre el acreedor demandante y el deudor demandado, es imprescindible que aquel pruebe la existencia de dicha obligación, para lo cual deberá acreditar que un contrato fue celebrado entre las partes mencionadas y que en él se dispuso el nacimiento de la prestación o de la abstención cuya inobservancia se alega.

Esta exigencia probatoria se deduce de las reglas sobre la carga de la prueba, las que exigen del actor la demostración de los elementos constitutivos de su pretensión, principio consagrado expresamente por el artículo 1757 del Código Civil, el cual dispone que "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta". Se infiere, entonces, que al acreedor que demanda le corresponde probar el contrato y sus efectos, esto es, las obligaciones asumidas por el deudor y sus derechos correlativos.

De ahí que se diga "uno de los presupuestos de esta responsabilidad es la existencia precedente de un contrato o de una obligación surgida entre las partes".

Por tanto, el demandante que se dice acreedor debe probar de dónde proviene el derecho que dice violado y cuál es su contenido y alcance". Por ello la doctrina señala que "el acreedor siempre ha de señalar y comprobar los hechos fundamentales de su título, el negocio celebrado, la sentencia ejecutoriada, las circunstancias legales, en fin, la fuente de su derecho"".

La prueba del incumplimiento

No hay unanimidad en la doctrina respecto de la necesidad de que el demandante demuestre el incumplimiento del deudor en tratándose de responsabilidad contractual. Al respecto, Colin y Capitant señalan que debe aplicarse el principio general, según el cual el que alega un hecho contrario a una situación establecida tiene que probar este hecho. Si la obligación es una obligación positiva, el acreedor sólo tiene que probar la existencia de la obligación. Corresponde entonces al deudor demostrar que cumplió la prestación o que quedó liberado por fuerza mayor si se trata de una obligación negativa, el acreedor debe probar no sólo la existencia de la obligación, sino también la realización, por parte del deudor, del hecho que le estaba prohibido.

Con este planteamiento coincide un sector de la doctrina nacional al señalar, igualmente, que, en las obligaciones positivas, al acreedor le basta demostrar la existencia del contrato y afirmar que no se ha cumplido, pues se trata de un hecho negativo que no puede demostrarse. Se presume entonces el incumplimiento y el deudor debe demostrar el pago, o la fuerza mayor que le haya impedido ejecutar la prestación. En las obligaciones negativas el acreedor tiene que acreditar el incumplimiento del deudor, demostrando que éste realizó el hecho prohibido. El deudor deberá, entonces, probar la fuerza mayor que justifique su incumplimiento". En este mismo orden de ideas, otros comentaristas manifiestan que si se trata de obligaciones de resultado positivo el acreedor no está obligado a demostrar el incumplimiento, pues es el deudor quien debe probar la extinción del vínculo, o sea la ocurrencia de uno cualquiera de los hechos dotados de eficacia impeditiva. Si el resultado es negativo el acreedor ha de comprobar el incumplimiento. Agregan que la obligación de medios impone al demandante de manera adicional convencer al juez de que el obligado violó su compromiso".

En síntesis, para quienes respaldan esta tesis, en el caso de incumplimiento de obligaciones positivas (dar y hacer) que son la inmensa mayoría en el tráfico jurídico, no es menester probar dicho incumplimiento sino simplemente afirmarlo.

Pero de esta posición disienten no pocos comentaristas y decisiones judiciales. Así por ejemplo, se ha precisado que normalmente el actor que alegue la responsabilidad contractual tiene que justificar, como fundamento de ella, el incumplimiento de la obligación, con lo que se atenúa el rigor de la presunción de culpa". Para Josserand, igualmente, la responsabilidad contractual presupone el incumplimiento de una obligación, cuya comprobación corresponderá, en principio, al acreedor demandante. Así mismo se dice que el acreedor ha de demostrar la obligación de indemnizar a cargo del deudor, para lo cual debe probar el incum-

plimiento de la obligación motivadora, pues el actor debe justificar la raíz de la responsabilidad`.

Para Claro Solar, "al acreedor que, en virtud del contrato, reclama los perjuicios de la inejecución de la obligación del deudor, le basta probar la existencia del contrato y el hecho de la no ejecución de éste por parte del deudor".

Diversos comentaristas nacionales coinciden con este tratamiento, señalando que "corresponde al acreedor suministrar la prueba de que la obligación fue incumplida", precisando que el acreedor debe demostrar la inejecución o falta de pago, cuando este fenómeno no constituya negación indefinida, pues si la constituye, bastará con que pruebe la obligación, esto es, el acto jurídico de que nació". Así, pues, para este sector de la doctrina el principio general enseña que debe probarse la inejecución de las obligaciones del deudor, con excepción de los casos en que baste afirmarla, es decir, cuando la ley misma releve de esta labor demostrativa al demandante.

Ahora bien, la jurisprudencia patria se ha pronunciado al respecto, y exige en algunos fallos que aún en las obligaciones de resultado debe probarse el incumplimiento de la obligación, generándose con esta prueba la presunción de culpa del deudor".

En criterio del Tribunal, el régimen probatorio establece que la carga de la prueba corresponde al actor, de manera que éste debe demostrar todos los factores para que tenga éxito su pretensión. De esta tarea sólo se libera cuando la ley así lo establezca, por ejemplo, cuando da por supuestos algunos de esos factores, a través de presunciones, o cuando sea imposible probar un hecho alegado, por constituir negaciones indefinidas. Pero en este último caso, debe tratarse de una verdadera imposibilidad para demostrar el hecho, y no de una ampliación artificial de la noción de negación indefinida, que tendría como efecto desmontar el régimen sobre carga de la prueba, sin que exista una norma que lo autorice. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que "los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", de manera que "no era al demandante a quien competía probar la falta de pago que alega, sino a la sociedad demandada demostrar que sí pagó en la forma y tiempo debidos (...)".

Ahora bien, siendo el incumplimiento de la obligación pactada un requisito esencial de la responsabilidad civil, el acreedor-demandante debe allegar las pruebas necesarias para demostrarlo. Esta prueba es perfectamente posible en muchos casos, aún tratándose de obligaciones positivas, por ejemplo, cuando las mercancías transportadas llegan averiadas o con faltantes; cuando la obra encargada tiene defectos de diseño o construcción; cuando la casa comprada tiene vicios ocultos;

cuando la máquina adquirida no es apta para lograr la producción estipulada; cuando el estudio técnico solicitado contiene errores, o es insuficiente; cuando el mandatario ha obrado contra las instrucciones del mandante; cuando las gestiones del agente han sido inadecuadas. Sin embargo, en ciertos casos, la demostración del incumplimiento no puede hacerla el demandante por constituir negaciones indefinidas, en cuyo evento a éste le bastará alegar el incumplimiento, correspondiéndole al deudor- demandado acreditar que sí cumplió. Esta es la hipótesis que se presenta en el incumplimiento en el pago de una suma de dinero o de otros bienes de género, por ejemplo.

Sobre este punto la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal no es coincidente. Así, en sentencia de 1988 de la Sala Civil de la Corte sobre responsabilidad del transportador, se dijo: "la sociedad demandante no tenía, pues, por qué comprobar el incumplimiento de la demandada. No tenía por qué hacerlo en razón de que, tratándose, como se trata, de una obligación positiva (de hacer), no resulta posible, en casos como éste, el comprobar que la misma no ha sido cumplida. Preséntase, en tal supuesto, una negación de carácter indefinido que, por ser tal, exime de prueba a quien la plantea (art. 177, inc. 2º, C. de P. C.). Mas la afirmación contraria, a saber, la del cumplimiento de dicha obligación positiva, sí es perfectamente comprobable por su neta definición espacio temporal".

Por su parte, otra sentencia de la Sala Civil de la Corte, proferida tres meses después de la anterior", esto es en junio de 1988, expresa una posición contraria a la explicada en el fallo precedente, sin que el nuevo pronunciamiento mencione siquiera al primero para indicar que estaba introduciendo un cambio de doctrina. En el fallo del 24 de junio se precisa: "de allí que para el establecimiento de esta responsabilidad contractual sólo sea necesaria a cargo del remitente la demostración del contrato de transporte de carga (...) el transporte y la no entrega o entrega defectuosa de ella, quedando a cargo del transportador, para efecto de exoneración, la prueba de la causa legal o convencional correspondiente, de acuerdo con el artículo 1609 (...)".

Puede verse cómo esta sentencia exige del demandante la prueba del incumplimiento: la "no entrega" o la "entrega defectuosa", en tanto que la providencia anterior exonera a quien persigue reparación de esta labor probatoria al decir que las obligaciones del porteador son positivas, frente a las cuales no puede acreditarse su incumplimiento por tratarse de negaciones de carácter indefinido.

En realidad, debe reiterarse que quien alegue cualquier hecho dentro del proceso debe demostrarlo, a menos que la ley lo presuma o cuando, en realidad, no supuestamente, se trate de negaciones indefinidas. Pero entratándose de transporte marítimo, el destinatario que sufra perjuicios sí está en posibilidad de demostrar el incumplimiento de las obligaciones del porteador. En efecto si la carga, según el

conocimiento de embarque, fue recibida por el transportador en buenas condiciones, pero llega averiada al puerto de destino, tal hecho será acreditado con los documentos (Tarja) que se suscriben entre la tripulación o el personal del agente y la empresa portuaria, donde se describe el estado de las mercaderías al descargue. Lo propio sucede si la carga llega incompleta. Y aún si se trata de un faltante total -que sería la hipótesis que daría lugar a una negación indefinida- es posible probar el incumplimiento, mediante certificaciones de la empresa portuaria o de la Aduana en que se acredite que el buque que se menciona en el conocimiento de embarque no trajo a bordo la carga.

Es del caso advertir que el incumplimiento de que trata este aparte se refiere, solamente, a la inejecución material de las prestaciones contraídas, la cual difiere de la inejecución culpable que es un incumplimiento moralmente calificado, pues se trata de una inejecución por dolo o culpa, es decir, de una inejecución que conlleva la imputabilidad moral del deudor. Esta noción de incumplimiento imputable al deudor es la que algunas jurisprudencias denominan "falta contractual", la cual consiste en la "inejecución previsible y evitable, por una parte contratante o por sus causahabientes frente a la otra parte contratante o sus causahabientes, de una o varias obligaciones nacidas de un contrato que a ambos extremos vincula"

La inejecución en el sentido material, en cambio, sólo se refiere a no haber dado o a no haber hecho, o a haberlo hecho mal o extemporáneamente, pero sin entrar a evaluar la conducta del deudor. Es simplemente la falta de pago o la no realización de la prestación debida, pero sin entrar a determinar si el incumplimiento es culpable o no. De allí que se distinga culpa e incumplimiento, pues puede haber inejecución con culpa e inejecución sin culpa.

La prueba del daño

La regla general, con muy pocas excepciones, establece que quien demanda resarcimiento debe probar el daño. En algunas jurisprudencias aisladas se ha indicado que por el mero incumplimiento de obligación contractual se presume la causación de perjuicios, ejemplo de las cuales es la siguiente: "(...) debiendo tener por objeto toda convención una prestación útil a ese acreedor, la violación de ella va contra el provecho que este se propuso obtener al celebrarla". Sin embargo, la posición reiterada y mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia ha sido la de exigir del demandante la demostración fehaciente de los daños, afirmando que del incumplimiento no se infiere que se haya producido daño, el cual, por tanto, debe probarse, lo cual significa que la infracción de una obligación de origen convencional no produce, per se, o inexorablemente, consecuencias dañosas.

El Consejo de Estado, en sentencia de 1986 dijo sobre este aspecto lo siguiente: "en reciente fallo de esta misma Sala el Consejo de Estado se apartó de la tesis de la

Corte Suprema, según la cual la ley presume que toda infracción de un contrato origina perjuicios y explicó cómo en todo caso de responsabilidad contractual o extracontractual es necesario que se demuestre el incumplimiento de una obligación (...) el daño y la relación de causalidad (...).

La lógica muestra que este concepto del Consejo de Estado es correcto. Piénsese, por ejemplo, en el abogado que recibe poder para que a su poderdante se le reconozca un crédito quirografario dentro de la quiebra de su deudor y el abogado deja vencer los términos correspondientes sin presentar la solicitud de reconocimiento. Obviamente el abogado ha incumplido sus obligaciones de mandatario, pero esto no necesariamente causa daño a su cliente, verbigracia, si los bienes del deudor no son suficientes ni siquiera para cubrir los créditos de la primera categoría (laborales e impuestos), lo que hace que los acreedores quirografarios no obtengan pago alguno. Sin embargo, si el abogado de nuestro ejemplo hubiera sido diligente y el crédito le hubiera sido aceptado y reconocido, su cliente hubiera estado en la misma situación de imposibilidad de obtener el recaudo de su crédito.

De esta manera, según el esquema básico y general de la responsabilidad contractual, al demandante le corresponde aportar la prueba de la existencia y la cuantía del daño.

La prueba de la culpa

Recordemos que dentro de las múltiples definiciones de culpa que la doctrina ha elaborado se encuentra la de los Hermanos Mazeaud, para quienes se trata de "un error de conducta que no habría cometido una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas del autor del perjuicio". Así, pues, equivoca su conducta quien procede contrariamente a como lo aconsejan las experiencias o las reglas del oficio, ya sea actuando o absteniéndose de hacerlo. También se ha definido la culpa como la falta de previsibilidad y buen juicio al señalar que se presenta cuando el agente del daño no ha previsto las consecuencias dañosas de su acción o, habiéndolas previsto, confía imprudentemente en poder evitarlas. En todo caso, culpa es omisión de cuidado, carencia de diligencia, defecto de atención, impericia, temeridad y comportamiento o actitud que lleguen a ocasionar perjuicios sin que el agente los haya querido.

Ahora bien, donde la ley normalmente ayuda al acreedor demandante, desde el punto de vista probatorio, es en relación con la demostración de la culpa. Es éste el elemento sobre el cual usualmente actúan las normas para favorecer a la víctima y al mismo tiempo para hacer más estricta y difícil la situación del demandado.

Con el fin de aliviar la situación del perjudicado, el legislador emplea diversos mecanismos que lo aligeran de sus tareas probatorias o hacen más pesadas las de su contraparte. Dentro de tales mecanismos puede la ley prescindir o hacer abstracción del elemento culpa, generando una responsabilidad objetiva; o puede invertir la carga de la prueba; o puede reducirle al demandado sus posibilidades de defensa, recortándole los medios para desvirtuar la presunción de culpa. Cada uno de esos métodos establece regímenes más o menos drásticos de responsabilidad del deudor incumplido.

¿Qué culpa se presume?

La imputabilidad en el incumplimiento significa que para que este elemento se configure es menester que el deudor haya obrado de mala fe, con intención de no cumplir o con el propósito de perjudicar a su acreedor; o que haya obrado con imprudencia, descuido, negligencia o temeridad sin que en esta hipótesis esté movido por la voluntad de causar daño. En todo caso, y ésta es la regla general en nuestro derecho, es preciso que pueda hacersele al deudor un reproche a su comportamiento para que se vincule su responsabilidad; debe existir, por tanto, una valorización negativa de su conducta. Es por ello que nuestra responsabilidad es subjetiva, pues sin reproche, esto es, sin una calificación moral adversa, ésta no se produce.

Si el deudor incumple por mala fe, es decir, con el propósito de perjudicar habrá imputabilidad por dolo; y si lo hace por descuido, negligencia, etc., la imputabilidad surgirá por culpa.

Como ya quedó dicho, la noción de culpa generalmente acogida es la propuesta por los Hermanos Mazeaud, para quienes la culpa es un error de conducta que no cometería un hombre prudente y diligente colocado en igualdad de circunstancias. En esta especie de imputabilidad el autor del daño (deudor incumplido) no ha obrado o dejado de obrar para causar ese daño; pero si se hubiera conducido prudente y diligentemente, el perjuicio no se habría producido`.

Según la definición anterior, es menester -para determinar si en un evento se ha incurrido en error de conducta- comparar el comportamiento del deudor con el que hubiera tenido un patrón de conducta ideal o abstracto, el cual corresponde al del ciudadano medio o buen padre de familia, que actúa de acuerdo con un grado ordinario o normal de previsibilidad y diligencia. Con este punto de referencia, se aprecia si "el aspecto subjetivo de la conducta perjudicial consiste en comportamiento inferior al ordinario, en obrar por debajo de lo corriente, en actitud contraria a la exigida habitualmente para quien se encontrara en las circunstancias que imperaban al momento en que se asumió".

Sobre la imputabilidad por culpa, debe señalarse que toda persona que asume una obligación debe cumplirla tratando de que en efecto se logren los objetivos económicos, jurídicos y sociales buscados por las partes al momento de contratar. Pero también el deudor debe obrar con el cuidado, la previsión y la diligencia requeridos por la ley o por el contrato para evitar comprometer su responsabilidad. De esto se deduce que en cada contrato al deudor de las obligaciones que de él se desprendan se le impone, ya por la propia ley, ya por la voluntad de los contratantes, un grado o nivel determinado de cuidado y prudencia, so pena de generarse una culpa a su cargo en caso de no obrar en la forma establecida.

Ahora bien, el grado de prudencia y cuidado que corresponde a cada deudor varía según la utilidad que éste obtenga del contrato. Por esta razón el artículo 1604 del Código Civil establece: "el deudor no es responsable sino de la culpa lata (grave) en los contratos que por su naturaleza sólo 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 beneficio (...)".

La primera hipótesis, esto es, de beneficio exclusivo para el acreedor se presenta, por ejemplo, en el contrato de depósito civil, que es por naturaleza gratuito, de manera que el depositario es el único que asume obligaciones como son las de custodia y cuidado de los bienes entregados y su ulterior restitución al finalizar la relación jurídica; el depositante, como se ve, no contrae obligaciones, pues no remunera los servicios de su contratante. Aquel, entonces, sólo recibe beneficios y éste, en consecuencia, en el evento que no cumpla sus obligaciones, sólo responderá de la culpa grave que es el mínimo de prudencia y diligencia que puede exigirse de un deudor. Pero si desde un comienzo se pacta remuneración a favor del depositario, el contrato se torna en **bilateral, cual es el caso de los depósitos mercantiles como** los que se efectúan en los almacenes generales de depósito y en este supuesto, derivándose para las partes obligaciones y derechos recíprocos, lo que significa también beneficios mutuos el depositario deberá observar un mayor grado de prudencia y diligencia y por ello responde hasta de la culpa leve.

Esta es la regla que se aplica en los contratos bilaterales, en los cuales ambas partes asumen obligaciones y por tanto cada una recibe también ventajas; se trata de contratos que generan provechos o utilidades recíprocas (venta, permuta, transporte, comisión, agencia, obra material, etc.), de suerte que ambos contratantes responden hasta de la culpa leve en caso de incumplir sus compromisos.

Existen también contratos que sólo producen ventajas para el deudor, como es el caso del contrato de comodato, en el cual el comodatario tiene la facultad de utilizar

un bien sin pagarle retribución alguna al comodante. En este caso, si el bien se daña o pierde mientras esté bajo la custodia del comodatario, éste responderá de toda culpa, vale decir, hasta de la culpa levísima.

Lo explicado deja advertir que el grado de prudencia, previsibilidad y diligencia es distinto de acuerdo con la utilidad o beneficio recibido del contrato por el deudor. Así, la culpa grave está definida en nuestra ley como la "que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios" y la leve como "la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios". "Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano". Por su parte, la culpa levísima consiste en "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" (art. 63 del C. C.).

Es indudable que quien sólo está obligado a responder por la culpa grave es tratado con flexibilidad y casi que con benignidad por el legislador, pues éste parte del supuesto de que existen personas que son de ordinario negligentes y descuidadas pero que aún ellas tienen un mínimo de prudencia y cuidado que es al que está obligado el deudor que no recibe beneficio. Sólo si éste no observa tal mínimo, vale decir, si obra de manera más improvidente que los usualmente descuidados y negligentes comprometerá entonces su responsabilidad, ya que habrá incurrido en culpa grave. Quien responde de la culpa leve está sometido en cambio a un sistema más riguroso, pues a él se le califica su comportamiento de acuerdo con un patrón de conducta más exigente, esto es, se le compara con la actitud que los hombres medianamente previsivos y diligentes habrían adoptado. Tratándose de comerciantes, la forma como cumplen o dejan de cumplir sus compromisos, se evaluará al tener como punto de referencia lo que hubieren hecho hombres de negocios prudentes, dedicados a la misma actividad y colocados en igualdad de circunstancias de hecho.

En cuanto al deudor obligado a responder de toda culpa, por recibir todos los beneficios que se derivan del contrato, debe decirse que se le exige un comportamiento esmeradísimo, que lo somete a un riesgo constante de caer en responsabilidad, lo que le quita al contrato, que en principio debía darle solo ventajas, parte de su interés y atractivo.

Ahora bien, si en caso de incumplimiento se presume la culpa del deudor, ¿cuál de las tres culpas que menciona el Código Civil (arts. 63 y 1604) es la que se presume? Si el deudor de una obligación nacida de contrato bilateral responde de la culpa

grave y de la leve, ¿cuál es la que se presume? Y si el comodatario responde de toda culpa, ¿cuál de las tres se presume si la cosa se pierde o daña estando en su poder?

Para responder estos interrogantes debe decirse, de entrada y con toda lógica, que la culpa que se presuma ha de ser una por la cual responda el deudor incumplido. Si se trata de un depósito gratuito, en el que el depositario sólo responde de la culpa grave, no tendría sentido ni efecto alguno presumir contra él la culpa leve o la levísima. Sin embargo, en este ejemplo el único error de conducta que puede presumirse es el constitutivo de una culpa grave. Esto plantea una especie de paradoja legal, pues por una parte el deudor que no obtiene beneficios del contrato, como es el depositario gratuito, es tratado con flexibilidad, pues sólo es responsable si incurre en una culpa grave, esto es, si su comportamiento ha sido más negligente que el que es usual en las personas que de ordinario son descuidadas e improvidentes. Pero ante el incumplimiento de sus obligaciones, que se refleja en la no devolución de lo depositado, o en su deterioro o pérdida, se presume contra el depositario la más onerosa de las culpas, como es la grave, pues el artículo 1616 del Código Civil obliga al deudor que ha violado sus compromisos contractuales en razón de culpa grave a reparar los perjuicios directos, tanto previsibles como imprevisibles, mientras que si el incumplimiento obedece a culpa leve o levísima sólo se reparan los daños directos que se previeron o pudieron preverse al momento de celebrar el contrato.

En los casos de contratos bilaterales o de contratos que sólo dan ventajas al deudor se presume la culpa de menor entidad que sea necesaria para vincular la responsabilidad del deudor. Esto significa que en los contratos bilaterales la culpa que se presume es la leve y en los que producen beneficios para el deudor exclusivamente la que se presume es la levísima. Pero debe precisarse que no hay diferencia económica alguna en estos dos supuestos. En ambos casos los deudores deben resarcir íntegramente los perjuicios sufridos por el acreedor, tanto los que representan el daño emergente como el lucro cesante, con la limitación vista de que su reparación va hasta los perjuicios directos previsibles. Si con esto no quedare indemnizado adecuadamente el acreedor, éste podría dejar de lado los beneficios probatorios que le ofrece la presunción de culpa, al asumir la carga de la prueba para demostrar que dicha culpa no fue sólo leve o levísima, sino que el descuido, la negligencia, la desidia, etc., constituyen una culpa grave rayana con la mala fe, con lo que obtendría indemnización adicional por los perjuicios imprevisibles.

No sobra advertir, sin embargo, que todo este tema de la clasificación tripartita de las culpas y de su presunción en la forma explicada, es más teórico o académico que real. En efecto, nuestros jueces no suelen entrar a determinar si un determinado hecho u omisión es reflejo de una culpa grave, leve o levísima, razón por la cual

nuestra jurisprudencia no ha elaborado criterios precisos para definir cada uno de esos grados de negligencia o descuido. Para los jueces basta que se encuentre un error de conducta del deudor, de cualquier magnitud o significación, para que de allí deriven la responsabilidad civil del demandado.

La presunción del vínculo de causalidad

Respecto de la prueba de este elemento básico de la responsabilidad civil, ha de decirse que si es extracontractual por el hecho propio -que constituye el régimen general- el demandante debe probar el vínculo de causalidad, así como los demás elementos constitutivos de la responsabilidad, pues ninguno se presume.

Pero otra es la situación cuando el legislador presume la culpa, como sucede en la responsabilidad contractual. La doctrina considera que en los casos en que se presume la culpa y se niega, como medio de defensa, la prueba de la ausencia de culpa, dejándose solamente como exoneración la prueba de la causa extraña (responsabilidad objetiva atenuada), se invierte la carga de la prueba del vínculo de causalidad, de suerte que la presunción de culpa es igualmente una presunción de causalidad. Y cuando la ley presume la culpa y para desvirtuarla permite al demandado demostrar la ausencia de culpa, la doctrina igualmente considera que, con el fin de no quitarle todo interés práctico a la presunción de culpa, es menester admitir que también se presume el vínculo de causalidad. De esta manera, cada vez que la ley establece una presunción de culpa, esta presunción se extiende al vínculo de causalidad, con lo que el demandante sólo tiene que probar el daño cuya reparación demanda.

Sin embargo, para una adecuada precisión de este tema, debe señalarse que existen dos vínculos de causalidad, ambos necesarios para que surja la responsabilidad civil. El primer vínculo causal se presenta entre la culpa y el incumplimiento del deudor; el segundo entre este incumplimiento y el daño producido al acreedor.

Si se analizan bien las cosas se puede observar que el incumplimiento de la obligación pactada usualmente se produce en razón de acción u omisión culposas del obligado, por lo que la ley -constatando esta realidad en la práctica y movida también por el deseo de mejorar la situación probatoria del acreedor damnificado-presume que la inejecución de la obligación obedece a culpa del deudor. Así, la presunción envuelve la culpa misma y su vínculo causal con el incumplimiento. Es una presunción compleja, pues supone la presencia de dos elementos: el error de conducta del obligado y su relación causal con la inejecución de la prestación. Como lo explica la doctrina, para que la presunción de culpa tenga verdadera trascendencia e interés práctico es necesario que se extienda a este vínculo de causalidad.

El otro vínculo de causalidad -el que debe existir entre el incumplimiento y el daño experimentado por el acreedor- no se presume y corresponde probarlo al demandante, es decir, al acreedor. Esta tarea probatoria la realiza al demostrar la naturaleza del daño sufrido, toda vez que el actor ha de acreditar que ese daño es directo, lo que significa que es la consecuencia inmediata del incumplimiento, o, en otras palabras, que la inejecución de la obligación explica íntegramente la generación del perjuicio. En síntesis, el demandante debe demostrar que existe una relación directa -de causa a efecto- entre el no cumplimiento de lo pactado y el demérito sufrido.

La doctrina y la jurisprudencia no suelen hacer esta distinción de vínculos causales, hablando, por lo general, de una sola relación de causalidad, que es la existente entre el incumplimiento de la obligación y el daño. Así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que el vínculo de causalidad "(...) se reduce, en materia contractual, a que el perjuicio tenga la condición de ser directo, esto es, haber sido consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento (inc. 1 ° del art. 1616 de l C. C.) (...)..."

La doctrina también señala que la relación de causalidad exigida es aquella que muestra que "el perjuicio cuya reparación se impetra obedece a la conducta del demandado", pues "sólo es resarcible el perjuicio causado por la persona a quien se solicita indemnización; no el proveniente de otras razones".

Es verdad que en últimas el perjuicio resultante es efecto del comportamiento del deudor, pues éste obró o dejó de obrar de manera negligente e improvidente, con lo cual no cumplió la obligación asumida y este incumplimiento produjo un perjuicio al acreedor. Pero también es cierto que, en estricta lógica, ese proceso debe descomponerse en dos vínculos causales diferentes, cada uno con una carga probatoria distinta.

Un ejemplo puede aclarar la situación: una empresa manufacturera manda diseñar y fabricar a otra una máquina que debe producir un número determinado de elementos para que la línea de ensamble de la primera no sufra trastornos. La máquina producida no tiene la capacidad de producción requerida, lo que genera un colapso en la cadena productiva de la adquirente.

Demostrado el incumplimiento, consistente en la insuficiente capacidad productiva, se presume que dicho incumplimiento obedece a culpa de la compañía fabricante de la máquina, culpa que se da por supuesta, pero no se identifica, pudiendo ser un error de diseño, o la utilización de materiales inapropiados para su construcción o un defecto de mano de obra en el ensamble o ajuste de sus piezas. Entonces, la demostración del incumplimiento hace presumir que la deudora incurrió en un error de conducta, es

decir, en una culpa y que ésta impidió el cumplimiento de la obligación, que, en nuestro caso, era la fabricación de una máquina de determinadas especificaciones.

Por su parte, la empresa perjudicada deberá probar que, en virtud del incumplimiento, sufrió perjuicios directos que debe repararle la deudora. Tales perjuicios serán el daño emergente, verbigracia, el precio pagado por una máquina que no sirvió, así como el valor de su transporte e instalación. Y el lucro cesante consistente en las utilidades que dejó de percibir por la menor producción resultante de la insuficiencia de la máquina.

En conclusión, hay dos vínculos de causalidad: el existente entre el comportamiento reprochable del deudor y el incumplimiento de la obligación, vínculo que se presume junto con la culpa, y el vínculo entre dicho incumplimiento y el daño producido al acreedor, vínculo que debe demostrar éste para acreditar que el perjuicio cuya reparación demanda es directo.

Los medios de defensa del deudor

Como se dejó explicado, uno de los mecanismos que emplea el legislador para mejorar la situación probatoria del acreedor afectado por el incumplimiento de una obligación del deudor, es el de exonerarlo de la tarea de demostrar la culpa. Para obtener este resultado la ley presume la culpa del deudor, lo que significa que, frente al incumplimiento de una obligación contractual cualquiera, se supone automáticamente que dicho incumplimiento es consecuencia de una culpa del obligado. A éste le corresponde entonces asumir la carga probatoria para destruir la presunción que pesa contra él.

Para desvirtuar la señalada presunción, el legislador ha dotado al deudor incumplido con dos instrumentos de señalada importancia: el de probar el acaecimiento de una fuerza mayor, esto es, el de justificar el incumplimiento por la ocurrencia de un hecho que le es extraño, imprevisible e irresistible, lo que en últimas demostrará que no hay reproche que hacerle al deudor, pues nadie está obligado a lo imposible. El otro instrumento es el de probar la debida prudencia y diligencia (art. 1604 - inciso 3° del C. C.) o, en otras palabras, la ausencia de culpa, pues a través de esta prueba se pondrá en evidencia que el deudor tomó todas las medidas que razonablemente podían esperarse de un hombre medianamente prudente y diligente colocado en igualdad de circunstancias para cumplir la obligación, si bien a la postre dicho cumplimiento no se obtuvo. Todo esto llevará al juez a la certeza de que no hubo culpa del deudor, y que no hay reproche que hacerle a su conducta, de suerte que no podrá deducirse responsabilidad, pues recordemos que ésta es subjetiva, lo que requiere de una calificación moral adversa.

Algunos autores opinan que la prueba de la fuerza mayor no está dirigida propiamente a desvirtuar la presunción de culpa, pues su efecto es el de destruir el vínculo causal entre el incumplimiento de la obligación y el perjuicio. Al respecto señalan que al exigir el legislador la prueba de la causa extraña "lo que pide es la prueba de la ruptura del vínculo causal". En este sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado puntualiza que en todos los regímenes de responsabilidad (objetivos y subjetivos) el vínculo causal se rompe en virtud de la culpa exclusiva de la víctima, por el hecho también exclusivo y determinante de un tercero o por la fuerza mayor". Otros piensan, por el contrario, que la fuerza mayor no tiene la connotación de romper el vínculo de causalidad sino de negar y excluir la culpa. Sin embargo, es del caso precisar que la causa extraña gravita sobre el terreno de la autoría, de manera que determina la existencia o no del vínculo causal, tal como se explicará más adelante.

Los dos medios de defensa mencionados los consagra expresamente el legislador, como se dijo, en el penúltimo inciso del artículo 1604 del Código Civil.

En estricto sentido la primera causal de exoneración ha de entenderse conformada por la fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de terceros -por los cuales no deba responder el deudor- y por el hecho de la víctima, hipótesis éstas que en conjunto conforman el hecho extraño o la causa extraña, que es la causal más general para que el deudor destruya la presunción establecida contra él, o, más precisamente, para que rompa el vínculo de causalidad supuesto entre el incumplimiento culposo y el daño producido, ya que la causa extraña vendrá a demostrar que tal incumplimiento no obedece a un hecho u omisión culposo del deudor, sino que se explica por el acaecimiento de circunstancias extrañas, por fuera de su control.

Para un sector de la doctrina el hecho de tercero o el hecho de la víctima (acreedor) no son causales distintas a la fuerza mayor, pues para el deudor han de constituir acaecimientos imprevisibles e irresistibles, de manera que todas estas defensas se subsumirían en la noción de la fuerza mayor.

No obstante, otros comentaristas consideran que el hecho de la víctima o el de tercero posee características propias, de manera que no deben ser necesariamente imprevisibles e irresistibles para el demandado, pues esas características son indispensables para la existencia de la fuerza mayor, pero no para que el hecho de la víctima (acreedor) o de tercero constituyan causales de exoneración. Es suficiente que esos hechos no sean imputables al demandado. Sin embargo, el tema no es tan claro cuando se presume la culpa del demandado, como en el caso de responsabilidad contractual, pues en esta hipótesis ha de saberse si dicha presunción puede ser desvirtuada por un hecho cualquiera de la víctima o de un tercero o por un

acontecimiento que necesariamente haya sido imprevisible e irresistible para el demandado. Algunos llegan a decir que si se trata de un hecho culposos de la víctima o del tercero no es menester que sea imprevisible e irresistible, pero si se trata de un hecho no culposos sí debe tener estas características. Con todo, si el hecho de la víctima o del tercero son los únicos que han intervenido en la causación del daño no se exige siquiera que aquellos sean culposos. Comentaristas nacionales son de la opinión que no es indispensable la culpa de la víctima para eximir de responsabilidad al demandado, por cuanto basta su sola intervención causal

Nuestra jurisprudencia ha precisado al respecto que "cuando (el transportador) pretenda alegar el hecho de un tercero como factor exonerante (de responsabilidad) deberá probar que tal hecho fue imprevisible e irresistible". Pero parte de la doctrina nacional difiere de este planteamiento.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado se han precisado las características específicas que deben reunirse en el hecho del tercero para que tenga la virtualidad de exonerar de responsabilidad al deudor. Esas características son la causalidad, en el sentido que la acción u omisión del tercero ha de ser la causa del perjuicio; así mismo ese comportamiento del tercero no debe ser imputable al demandado, esto es, debe serle ajeno y ha de ser imprevisible e inevitable.

Sobre la noción, naturaleza y alcance de los medios de defensa que la ley le otorga, como regla general, al deudor, cada autor parece tener su propia y particular interpretación, de manera que es bien difícil señalar cuál es la tendencia mayoritaria en nuestro derecho.

Para algunos, causa extraña y debida prudencia son dos medios de exoneración distintos. A este respecto los Hermanos Mazeaud señalan que la diferencia entre estas dos defensas es "de grado", pues para saber si existe ausencia de culpa "hay que preguntarse si una persona cuidadosa se habría comportado como el demandado". Y para saber si hay fuerza mayor hay que preguntarse "si una persona cuidadosa se habría encontrado en la imposibilidad de obrar de manera distinta que el demandado". Agregan, respecto de la primera causal de exoneración, que el deudor de una obligación general de prudencia y diligencia (obligación de medios) puede demostrar que él no incurrió en culpa alguna, sin estar obligado a probar ningún acontecimiento de fuerza mayor; basta, entonces, con que pruebe la ausencia de culpa, es decir, que una persona cuidadosa habría obrado como él".

Entre nosotros algunos comentaristas coinciden con el anterior planteamiento, al argumentar que fuerza mayor y prueba de la prudencia y diligencia (o de la ausencia de culpa) son dos mecanismos distintos de exoneración y que ambos pueden ser

utilizados por el deudor para desvirtuar la presunción de culpa, a menos que la ley le impida al deudor emplear el segundo de ellos.

Respecto a los deberes indelegables del Fiduciario, están regulados por el artículo 1234 del Código de Comercio.

El inciso 1. de la norma en cita, se refiere exclusivamente a la indelegabilidad del fiduciario respecto a sus deberes. Es importante resaltar lo establecido en esta norma respecto a su numeral 1. que dispone: “**realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia**”. (Resaltado fuera de texto).

Una correcta lectura de lo transcrito nos da la explicación de por qué no es lícito trasladar, delegar o abandonar en el fiduciante, en el comité fiduciario o en cualquier otro tercero, los actos necesarios o indispensables para la obtención de la finalidad perseguida o buscada al constituirse o celebrarse el negocio jurídico de fiducia mercantil.

La breve explicación del párrafo anterior nos lleva a dejar de presente por qué no puede establecerse la delegabilidad de la responsabilidad de la fiduciaria en un comité, para la ejecución de su encargo.

Más aún, si hubiere delegación, como se pretende para el caso concreto, la Fiduciaria continuará respondiendo frente a los fideicomitentes o beneficiarios, según el caso, es decir, que su responsabilidad no se traslada jamás al delegado.

Devolviéndonos un poco sobre la responsabilidad de la Fiduciaria echamos mano a lo que al respecto han puntualizado los doctores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta en su obra Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, quienes al respecto enuncian:

“... EL POSTULADO DE LA DILIGENCIA

CONCEPTO. Últimamente hemos afirmado que los actos jurídicos y las obligaciones, en general, deben ser cumplidos de buena fe, es decir, lealmente, con la intención positiva de realizar la finalidad social y jurídica a que obedecen. Más esto no es suficiente. A las buenas intenciones hay que agregar algo más: *prudencia, diligencia, cuidado* en la ejecución de lo debido, pues dicha finalidad no solo puede frustrarse porque el deudor abrigue el ánimo dañado de incumplir, sino también porque culposamente deje de poner los medios adecuados, bien sea por torpeza,

bien por negligencia o descuido. Por tanto, el cumplimiento de los actos jurídicos y de las obligaciones exige rectitud u honestidad en la intención y, además, requiere prudencia, diligencia y cuidado en la ejecución. Tales son los principios generales al respecto.

Pero, ¿cómo determinar en cada caso particular el grado de prudencia y diligencia que está obligado a prestar el deudor? Porque es indudable que los hombres se suelen comportar de manera diversa en la realización de sus actividades y en la gestión de sus negocios. Así, algunos son exageradamente prudentes y meticulosos; otros son torpes y perezosos y, en fin, otros son ordinariamente atentos y cuidadosos: emplean normalmente su inteligencia y su voluntad sin incurrir en excesos ni en deficiencias. Surge de aquí un delicadísimo problema que ha preocupado hondamente a los juristas de todas las épocas, a saber: ¿cuál es el mejor criterio para medir y determinar el grado de prudencia y diligencia que debe prestar el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones? ¿Será conveniente emplear para este efecto un criterio *subjetivo*, vale decir, *concreto*, según el cual cada persona debe obrar de acuerdo con su idiosincrasia y hábitos de conducta? O, por el contrario, ¿será preferible el empleo de un criterio *objetivo y abstracto*, fundado en la comparación de la conducta del deudor con la que, en análogas circunstancias, observaría cierto tipo ideal, v. gr., el del hombre normalmente atento y cuidadoso? La elección del criterio de que se trata es de importancia capital y constituye la materia propia de la controvertida teoría que se ha denominado tradicionalmente *de la prestación de la culpa,..*”

De la misma manera y en relación a la prudencia, diligencia y cuidado con que deben actuar las Fiduciarias se ha referido el doctor Sergio Rodríguez Azuero, en su libro “Contratos Bancarios”, de la siguiente manera:

“... Responder por el manejo

De la administración de los bienes fideicomitidos surge la necesidad de responder por su manejo que surgirá cuando se discutan sus decisiones o glosen los resultados de las operaciones llevadas a cabo. El problema está vinculado con la noción clásica de culpa a través de tres grados de conducta conocidos como culpa grave, consistente en no manejar los negocios ajenos con el cuidado que aun las personas negligentes pondrían en sus negocios propios y que en algunos sistemas equivale al dolo; culpa leve, o sea, la falta de diligencia y cuidado que se emplea por una persona en el manejo de sus propios negocios y que corresponde en general a la noción del manejo o administración de los bienes como lo haría un buen padre de familia y culpa levísima o falta de esmerada diligencia que un hombre experto emplearía en el manejo de sus negocios más importantes. Esta gradación no es universal y de hecho no existe en el Código Civil Francés. Fue incluida en el Código

Chileno por la pluma providente de don Andrés Bello y rige, por esa vía, en los países que lo adoptaron o cuyos legisladores coincidieron en este esquema.

Bajo este esquema, no es que existan tres clases de culpas sino que para la determinación de su existencia, en un momento dado, se califican distintas conductas según el interés que tenga la persona en la operación, que ella sea gratuita u onerosa, que se trate del manejo de bienes de menores o de negocios entre personas plenamente capaces, etc. Podríamos decir que, en términos generales, las legislaciones latinoamericanas exigen al fiduciario el comportamiento de un buen padre de familia en la administración y manejo de los bienes que se le confían, de manera que es responsable en su gestión hasta de culpa leve. Sin embargo, las leyes hablan, en ocasiones, del cuidado de un administrador diligente o del que emplea un comerciante en su negocio propio, conducta que tiene la particularidad de insinuar que se trata de un profesional que debe conocer los detalles y circunstancias, aun secundarias, en relación con el negocio que desempeña." Por consiguiente, bien que se trate de consagración legislativa, ya que resulte de la formulación doctrinaria recogida por la jurisprudencia, la conducta cuestionada de un fiduciario tenderá a compararse con la que hubiera adoptado otro "buen profesional", en circunstancias similares.

Además de la responsabilidad que pueda deducirse al fiduciario como consecuencia de no haber actuado con la prudencia necesaria en el manejo de los bienes que le han sido transmitidos, puede suceder que, incluso, se prevea en la ley el establecimiento de sanciones penales para los administradores de las entidades a los cuales se les ha encomendado el cuidado de uno o más negocios," por cuyo manejo puede deducírseles responsabilidad.

Como suele predicarse de los gestores de negocios de terceros, se ha sostenido que las obligaciones de los fiduciarios son de medio y no de resultado, siguiendo al efecto la clasificación de los contratos atribuida al jurista francés Demogue la cual, a pesar de no pocas críticas, ha conocido un notable desarrollo. En lo fundamental y en forma muy sencilla, podría decirse que los gestores, en general, incluidos médicos y abogados, se obligan a poner lo mejor de sí, hacer su mejor esfuerzo y aplicar los conocimientos particulares del campo en el que ofrecen sus servicios, para conseguir el resultado que sus clientes esperan sin que, sin embargo, puedan garantizarlo.

Tal ocurriría, en el caso de los primeros, con una delicada operación o de los segundos, con un pleito cuya representación asumen. Al no obligarse sino a emplear su "expertice", el resultado fallido de la operación que incluso conduzca al fallecimiento del paciente o la pérdida de la controversia judicial, esto es, la no

obtención del resultado favorable esperado, no generarán de suyo una responsabilidad a su cargo, salvo que se les demuestre negligencia en su actuar, es decir, que no hayan actuado con la prudencia y diligencia que hubiese empleado otro buen profesional, situado en las mismas circunstancias.

Por el contrario, en las típicas obligaciones de resultado, como la confección de una obra material, la entrega de un vehículo o la emisión oportuna de una garantía, para poner algunos ejemplos, la no consecución del resultado conduce a que se produzca una especie de presunción de culpa, a cargo de quien aparece incumplido y que, por consiguiente, para liberarse de responsabilidad deba probar que no pudo obtenerlo por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito o por hechos irresistibles de terceros o por la culpa del reclamante. Como se ve, así planteadas las cosas, la diferencia se traduce, en primer término, en la inversión de la carga de la prueba: si el resultado no se obtiene y la obligación es de esta naturaleza, el deudor debe probar los hechos liberatorios de su responsabilidad para poder exonerarse de ella; si no se obtiene y la obligación es de medio, será preciso al acreedor probar que su contraparte no actuó diligentemente.

Pues bien, sin perjuicio de lo expuesto en la primera parte de la obra y simplificando al máximo la presentación del tema, debe decirse que la experiencia no sólo muestra que las obligaciones del fiduciario no son siempre de medio, pues pueden ser de resultado, sino que, de alguna manera, la simplificación que lo ha afirmado, como regla general, le ha hecho daño a la cabal comprensión de la figura y a la confianza que se requiere en grado sumo en un negocio de esta naturaleza. En efecto, sí son obligaciones de medio las que asume el fiduciario en negocios de fiducia de inversión, pues al no tomar posición propia, no puede garantizar el resultado financiero, esto es, la utilidad esperada, son a cambio numerosas las obligaciones que asume en las demás modalidades, que veremos adelante, y en las que su obligación nítida es de resultado...”

Para ratificar aún más la responsabilidad de la Fiduciaria en los Contratos de Fiducia Mercantil denominados de Administración Inmobiliaria de Proyectos de Construcción, trae el Tribunal a colación lo conceptuado por la Superintendencia Bancaria, quien al definir el concepto de negocio fiduciario diferencia el encargo fiduciario frente a la Fiducia Mercantil. “... En efecto, el citado instructivo (No. 007 de 1996, Título V Capítulo 1, Numeral 1º , Subnumeral 1.1) señala textualmente lo siguiente:

“1.1 Concepto de Negocios Fiduciarios

Para los efectos de esta Circular, se entienden *por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza* en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, *transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el*

propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los cuales solo existe la mera entrega de los bienes".

Como puede deducirse de lo anterior, la diferencia fundamental del encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil estriba en la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos que se da para la segunda, la cual es inexistente para el primero. Adicionalmente, conforme a los artículos 1227, 1233, 1234 numerales 2º y 4º, y 1236 del Código de Comercio, la fiducia mercantil tiene, entre otras, las siguientes características: Los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio autónomo; deben mantenerse separados de los propios de la fiduciaria, así como también de los correspondientes a otros negocios fiduciarios; deben figurar o registrarse en contabilidad separada; no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante posteriores a la constitución del patrimonio autónomo, y tampoco pueden ser de libre disposición por el constituyente o fideicomitente.

De otra parte, debe recordarse que el fiduciario en el ejercicio de sus funciones está obligado a realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia (numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio), en este caso por tratarse de fideicomisos de administración, el de efectuar todos aquéllos actos necesarios encaminados a desarrollar la gestión encomendada por el constituyente, para la cual no podrá asumir obligaciones de resultado, salvo en aquellos eventos en que así lo prevea la ley, según lo dispone el literal Y del artículo 29 del EOSF. (Resaltado fuera de texto).

Así mismo, ha de tenerse presente que la constitución del patrimonio autónomo a partir de los bienes que se le transfieren a título de fiducia impone limitaciones jurídicas tanto al fiduciante o fideicomitente como al fiduciario, de suerte que mientras se encuentre vigente el contrato de fiducia mercantil irrevocable el primero no debe disponer al arbitrio del bien fideicomitado, *ni el segundo darle destinación distinta a la prevista en el acto constitutivo*. Estas limitaciones están contenidas en los artículos 1227 y 1238 del Código de Comercio, a cuyo tenor se expresa:

"Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.

Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. (...)..."

Para el caso concreto del negocio que ocupa al Tribunal debemos analizar lo sucedido entre las partes Convocantes y Convocadas, y que diera origen al presente proceso arbitral.

Mediante Contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública 4889 de Diciembre 1 de 1.993, otorgada en la Notaria Once del Circulo de Cali, en el cual actuara Promotora Plaza de Cayzedo Ltda. Proplaza Ltda. como Fideicomitente y Fiduciaria Alianza S.A. como Fiduciaria, en el cual esta última decía administrar el Lote especial No. 2, fideicomitado con el propósito de transmitir a los futuros cesionarios de beneficio las unidades privadas resultantes de un proyecto de construcción denominado “Terrazas de Chipichape”. De la misma manera, Proplaza Ltda. ostentando la calidad de Fideicomitente también gerenciaría el proyecto que se realizaría sobre el inmueble en mención.

Proplaza Ltda. mediante documentos privados celebró varios contratos denominados Promesa de Cesión de Beneficios y Cesión de Beneficios con cada uno de los convocantes, en los porcentajes indicados en ellos y en la demanda, de tal manera que a los cesionarios Fiduciaria Alianza, representante legal del Fideicomiso, les transfiriera, a la terminación de la construcción y por consiguiente del proyecto, las unidades privadas levantadas sobre el inmueble objeto del Fideicomiso.

A su vez los Fideicomitentes, adquiriendo dicha calidad en virtud de la cesión de beneficios, hoy denominados también convocantes, celebraron con Fiduciaria Alianza S.A. como Fiduciaria unos Encargos Fiduciarios, mediante los cuales los primeros de los nombrados entregaron a la segunda determinadas sumas de dinero a título de Encargo Fiduciario con el fin de que ella los administrara e invirtiera de conformidad con las instrucciones y términos que se establecieran. Es decir, en otras palabras, destinados al desarrollo del proyecto denominado “Terrazas de Chipichape”.

En el contrato de cesión de beneficios se hizo constar en su cláusula tercera que: “... Igualmente el cesionario manifiesta que conoce y acepta que la Fiduciaria no es ni constructora, ni interventora, ni participa en manera alguna del desarrollo del predio fideicomitado mediante la Escritura Pública No. 4889 del 1 de diciembre de 1.993, otorgada en la Notaria Once de Cali, y que en consecuencia no es responsable ni puede serlo en ningún evento por la terminación, calidad o precio de las unidades que conformarán el conjunto residencial Terrazas de Chipichape ...”

En concepto del Tribunal la manifestación y aceptación del Cesionario transcrita en el párrafo anterior no es suficiente para exonerar de responsabilidad a la Fiduciaria en

cuanto al cumplimiento de sus deberes contenidos en el artículo 1234 del Código de Comercio y en especial del estipulado en su numeral 1.

Si bien es cierto que Alianza Fiduciaria S.A. finca su exoneración de responsabilidad en el hecho de que los Cesionarios de Beneficio, hoy convocantes, manifestaron conocer y aceptar que ella no era ni constructora, ni interventora, y que tampoco participó en el desarrollo del proyecto denominado Terrazas de Chipichape, no puede por esa sola razón excluirse de los deberes que como tal le competen derivados de la obligación impuesta por el artículo 1234 del Código de Comercio.

Fueron coincidentes los Convocantes al absolver los interrogatorios de parte, respondiendo a preguntas que les formularan el apoderado de la Convocada Alianza Fiduciaria S.A., cuando respondieron que invirtieron en el proyecto por contar con un respaldo de una firma seria y de amplia trayectoria en la ciudad, como profesional fiduciaria.

Se confirmaba la intervención de Alianza Fiduciaria S.A. como responsable del proyecto “Terrazas de Chipichape” con el anuncio al público de vallas publicitarias donde consta, con plena aquiescencia de Alianza Fiduciaria S.A. anunciándose como tal. Al proceso se encuentra arimada como prueba documental una fotografía publicada en el diario “El País” en la edición del día martes, 9 de septiembre de 1997, donde se puede apreciar con absoluta claridad una valla publicitaria en la cual se enuncia el proyecto “Terrazas de Chipichape” y en la que se observa claramente la vinculación de Fiduciaria Alianza a dicho proyecto, anunciado como de “PRECIO FIJO” (folio 004, Cdno. No. 16a del expediente)

Para cualquier observador el nombre de Fiduciaria Alianza S.A. en la valla publicitaria que anunciaba el proyecto “Terrazas de Chipichape” generaba confianza para invertir sus dineros, debido ha que en apariencia era la Fiduciaria la responsable del desarrollo del proyecto y la buena marcha de él.

En relación a la apariencia, como fuente de derecho, se ha referido el profesor Jorge Suescún Melo en su obra “Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo”, Tomo I Segunda Edición, en los siguientes términos: “... Es innegable que de vieja data el derecho ha tenido en cuenta diversas situaciones de hecho aparentes para darles un determinado tratamiento. En este supuesto lo que importa es el carácter evidente, ostensible, manifiesto y visible de una situación de hecho. Se trata de tomar en consideración la apariencia en su sentido material.

En esta hipótesis la situación de hecho aparente puede producir consecuencias jurídicas por sí misma, o en virtud de ciertos signos o comportamientos exteriores que ponen de manifiesto la existencia de un derecho...”

“...De igual manera, esa situación de hecho perceptible en ocasiones se utiliza para demostrar la existencia de derechos. Así por ejemplo, en relaciones de estado civil el comportamiento de los interesados la actitud del público en el sentido de otorgarle a una persona una cierta posición familiar, la cual conocemos como posesión notoria, tiene una importancia mayúscula para demostrar judicialmente una filiación ...”

Para el Tribunal esa apariencia de dirección y manejo infundida en el público por parte de Fiduciaria Alianza la convierte en responsable de las resultas del proceso de construcción del proyecto “Terrazas de Chipichape”.

Más adelante el profesor Suescun Melo, refiriéndose a la responsabilidad civil derivada de la teoría de la apariencia, agrega:

“... La doctrina y la jurisprudencia han tratado de encontrar un respaldo jurídico que explique adecuadamente los efectos de la *Teoría de la Apariencia* y que por ende tome en cuenta – sin textos legales expresos- los actos de ejercicio de derechos meramente aparentes y los haga eventualmente oponibles a los verdaderos titulares de dichos derechos. Esto lleva de suyo que la teoría que se aplique ha de justificar una regla según la cual la creencia equivocada, basada en la realidad visible, pueda tener prelación sobre la verdad jurídica...”

“... De vieja data se ha acuñado una expresión que envuelve los efectos de la *“Teoría de la Apariencia: “el error común hace derecho” o error communis facit jus*, con lo cual se refleja que la creencia equivocada y general es fuente generadora de derechos.

La exigencia de que el error sea común, generalizado o compartido, busca proteger la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídica, aspectos en los que está envuelto el interés general. Por ello se requiere que un gran número de personas haya caído, o haya podido caer en el error, pues de esta manera se crea una situación aparente, de la cual cada cual ha podido fiarse.

Sin embargo, la doctrina coincide en que el error común no debe ser universal, aduciendo que la verdad puede ser conocida de algunos. Pero es un error en el que incurre la masa. Se trata, por ende, de una noción objetiva, de una equivocación colectiva producida por la situación de hecho que se observa, la cual debe ser durable, notoria, ostensible, pues estos son en el fondo los indicios que inducen a la creencia generalizada o común. Se exige, pues, que un número suficiente de personas haya sido engañada por la apariencia. Pero, además es menester que quien pretenda beneficiarse de los efectos de la teoría de la apariencia sea de aquellos que se equivocaron, vale decir que no sea de los que conocían la verdad...”

Los anteriores planteamientos del profesor Suescun se asimilan a los hechos sucedidos acontecidos en el desarrollo del proyecto “Terrazas de Chipichape”.

Con su proceder, permitiendo Alianza Fiduciaria la inclusión de su nombre en la valla publicitaria, anunciativa del proyecto de construcción, indujo en error generalizado a las personas que invirtieron en él, y por ende depositaron su confianza y dineros.

Estas consideraciones de por sí serían suficientes para considerar a la Convocada Alianza Fiduciaria S.A. responsable de lo que se le imputa en la solicitud de convocación.

Además de lo anterior, aprecia el Tribunal que la Fiduciaria debió de actuar diligentemente durante el desarrollo del Proyecto de Construcción, en el cual actuaba Proplaza Ltda.. como Gerente del proyecto, diligencia que debió cumplir desde su misma iniciación es decir velando porque se diera cabal cumplimiento a cada uno de los pasos o etapas de la construcción. Esa diligencia tan no se dio que a ella se le endilga el no haber exigido entre otras las licencias de construcción expedidas por el Municipio de Cali y de servicios públicos expedida por la Empresa prestadora de dichos servicios.

De manera protuberante debió ejercer estricta atención en el tan cacareado estudio de suelos, en el cual, con meridiana claridad se observa lo manifestado por el Ingeniero Carlos Humberto Parra en el acápite Geología General en el cual reza que "... el predio investigado está localizado sobre el pie de monte y lomeríos que bordean la ciudad en el costado en el costado Nor Occidental, en una zona **donde afloran las rocas areniscas y limonitas de grano grueso** ..." (resaltado fuera de texto) .

Ese estudio de suelos, elaborado lógicamente, con anticipación a la iniciación de la construcción debió alertar a la Fiduciaria sobre la viabilidad del proyecto, que debía de levantarse sobre el predio objeto de estudio.

Tanto Proplaza Ltda. como Alianza Fiduciaria, de haber tenido en cuenta el estudio de suelos del Ingeniero Parra, y con mediana prudencia debieron haber ordenado un nuevo estudio que les diera suficientes elementos de juicio ya para replantear el proyecto ora para abortarlo, debido a la calidad del suelo.

En el mismo estudio, en el acápite ESTRATIGRAFIA reza:

"...4.2. Estrato B

Limos arcillo arenosos de color amarillento a crema. Contiene algo de grava, cantos y guijarros de rocas arenistas y limolitas. Se extiende por debajo del estrato A hasta la máxima profundidad investigada de 4.00 mts..."

Proplaza Ltda. no tuvo en cuenta lo que consta en el estudio de suelos y aún así dio vía libre a los movimientos de tierra en el inmueble objeto del proyecto. A su vez Alianza Fiduciaria tampoco previó las consecuencias de la existencia de roca en el terreno, consecuencias que se manifestaron en los incrementos de los costos de movimiento de tierra.

Si la Fiduciaria hubiera obrado con la diligencia y cuidado que “los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (definición que de la culpa leve hace el artículo 63 del Código Civil, y responsabilidad que le atribuye a las Fiduciarias el artículo 1243 del Código de Comercio), precauciones adicionales se hubieren tomado respecto a las condiciones generales del inmueble objeto del proyecto, previstas en el estudio de suelo.

Como si lo anterior no fuera suficiente, la Fiduciaria encargada del manejo del dinero depositado en sus arcas por parte de los Beneficiarios del Fideicomiso, hoy convocantes, al notar el gran incremento del costo que generaba el movimiento de tierras, que superaba con creces lo inicialmente presupuestado. Ella como encargada de los desembolsos para los avances de la obra, no informó de dicha circunstancia ni a Proplaza Ltda., ni a los Beneficiarios del Fideicomiso.

De acuerdo con lo anterior, palmariamente se observa el incumplimiento en que incurrió la Fiduciaria en sus deberes de diligencia para realizar todos los actos necesarios tendientes a la consecución o finalidad del objeto del Contrato de Fiducia.

El aspecto álgido de la cuestión es el atinente a la demostración del incumplimiento de la Fiduciaria, que alegan los convocantes, o al cumplimiento de sus deberes que alega la Fiduciaria. En otras palabras que es lo que el deudor, llámese Fiduciaria, debe y que lo que el acreedor, llámese convocantes, puede esperar y exigir de ella.

Para aclarar estos interrogantes se acude a lo expresado por el ilustre Tratadista Fernando Hinestrosa Forero, en su obra Tratado de la Obligaciones:

“... Esta reflexión, repetida varias veces, pone de manifiesto la importancia de ver cómo el desenvolvimiento natural -o, dijérase, ideal- de la obligación consiste en la ejecución exacta de la prestación, que a una determina la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor. Por lo mismo, cuando el acreedor no ha sido satisfecho (o, para comenzar, sostiene que no lo ha sido), y siendo sabido que esa insatisfacción puede deberse -y por lo general así ocurre- a incumplimiento del deudor, importa dilucidar varias cuestiones concurrentes y complementarias: en qué consiste el incumplimiento, cómo debe o puede probarse, a quién le incumbe probar.

De nuevo, la insatisfacción del acreedor no equivale a incumplimiento, y menos es sinónima de él. La contraposición entre no cumplimiento e incumplimiento no es un

juego de palabras o un simple preciosismo verbal; es la clave de la responsabilidad por incumplimiento de obligación (la llamada responsabilidad contractual). La articulación entre el interés del acreedor y el deber del deudor ha de indicar a la postre, luego de una especie de superposición de plantillas, si la conducta de este se ajustó al patrón resultante del contenido ampliado o integrado de la relación obligatoria, y en caso negativo, qué ha de esclarecerse, cuáles son los elementos del supuesto de hecho de la figura concreta de su exoneración, cómo es el juego de las cargas probatorias y, en últimas, sobre qué bases podrá el deudor liberarse o ser declarado libre de débito y responsabilidad.

En materia de obligaciones sobresalen varios problemas conceptuales y prácticos, a partir de la necesidad de que quien se pretende acreedor demuestre su condición de tal, o sea la existencia de la obligación a su favor, ya para demandar su cumplimiento, ya para cobrar el subrogado pecuniario de la prestación y, en ambos casos, para pretender la indemnización de perjuicios por causa de incumplimiento del deudor: qué debe probarse: el incumplimiento o el cumplimiento; a quién le corresponde la carga de la prueba, de aquel o de este; y si el deudor responde por el mero hecho de la inejecución de la prestación o solamente de la inejecución culposa. Temas estos de verdadera trascendencia, cuya complejidad aumenta al comparar su tratamiento y sus efectos en materia contractual con lo que acontece en el terreno de los llamados delitos y culpas, responsabilidad extracontractual o, mejor, por encuentro social ocasional.

Nunca se insistirá lo bastante acerca de la diferencia de situaciones en que se encuentra cada cual al ordenar su conducta: actividades y abstenciones, según que haya de atender a su relación con el prójimo en general, sea en el comportamiento ordinario, sea en situaciones excepcionales, o por el contrario, haya de desempeñarse como *deudor* y, por lo mismo, debiendo realizar actos comisivos u omisivos *determinados* en favor de *determinada persona...*"

¿Qué se entiende por incumplimiento? La respuesta inmediata es: insatisfacción del acreedor por "violación de los deberes" que específicamente pesan sobre el deudor en fuerza del contenido singular de la relación obligatoria. Y, recordando que al deudor le incumbe obrar con diligencia, en esa dirección lo primero en que cabe pensar ante la frustración es que esta se dio por su culpa, que, valga advertirlo, no es igual que decir que por su hecho. "El deudor normalmente ha de responder por dolo y negligencia. En el derecho de obligaciones el principio de culpabilidad constituye la regla". Otra cosa es que, según las orientaciones que se han ido decantando a lo largo del tiempo y conforme a los criterios éticos y políticos sucesivamente imperantes, el derecho haga responsable al deudor en determinadas circunstancias, así no haya cometido falta alguna: principio de causalidad, teoría del riesgo. Entonces, ¿si el incumplimiento se asimila a violación de

obligación, principal o complementaria, o equivale a ella, en los eventos en que el ordenamiento lleva la responsabilidad del deudor hasta el *casus* o, inclusive, lo hace (o el deudor se hace) responsable de determinados acontecimientos, podrá decirse que este incurrió en incumplimiento o que violó algún deber, porque no se alcanzó el resultado prevenido?.

En fin, ha de resaltarse acá la diferencia que obra entre el tema de la carga de la prueba y el punto de los medios de exoneración a la mano del deudor, trascendental, dada su conexidad y la inclinación a confundirlas y, así, a generar interferencias. Si, en razón de la conveniencia y facilidad de administrar y suministrar la prueba, más que de la naturaleza de la prestación, al deudor le incumbe probar que empleó la diligencia y el cuidado congruos, y en oportunidades, que no pudo ejecutar la prestación a causa de obstáculo ajeno a él e insuperable,..."

Más adelante en su obra el autor citado, agrega: "... Bien se percibe que no es lo mismo disponer que se tendrá al deudor como incumplido y se le obligará pagar el valor de la prestación y a indemnizar perjuicios, a menos que demuestre que la inejecución se debió a causa extraña a él, que prever que el deudor se libera, tanto cuando la inejecución fue consecuencia de *casus* sobrevenido sin culpa suya, como cuando simplemente demuestra que obró con la diligencia debida en razón de la naturaleza de la prestación, del *comodum obligationis* y de las estipulaciones del contrato (art. 1604 c. c.). En efecto, en la primera hipótesis, que es la que corresponde a los preceptos francés e italiano, el deudor que no ejecutó la prestación no tiene otra defensa que la prueba de la causa extraña inculpable; al paso que en la segunda, que es la que corresponde a la normatividad nacional, le es igual acudir a la causa extraña, por cierto difícil de identificar y de comprobar, que defenderse sobre la sola base de su inocencia: no haber incurrido en culpa, haber obrado con la diligencia debida.

Y esta diferencia va más allá del juego de presunciones y cargas probatorias, como quiera que se proyecta inmediatamente sobre las vías de defensa ..."

"La obligación que puede pesar sobre un deudor no es siempre de igual naturaleza. Puede ser una obligación de resultado o una obligación de medio". Así inicia R. Demogue su planteamiento relativo a la proximidad de las responsabilidades en general y especialmente en materia probatoria. Y, más adelante, haciendo pie en los arts. 1148 y 1302 code civil fr. (efr. arts. 1729 y SS. c. c.), agrega: "Conviene retomar aquí la distinción de las obligaciones en de medios y de resultado. Si el deudor promete un resultado: devolver un objeto prestado o depositado, es responsable si el resultado no se alcanza, salvo que pruebe la fuerza mayor [...] Pero, el deudor puede no haber prometido más que un medio [...] Y si quiero obtener una indemnización, habré de probar

que él debía tomar precauciones que no tomó [...] Pero él podrá probar que no las pudo tomar... “

Ciertamente hay oportunidades en las que el deber del deudor consiste solamente en ser diligente, advertido, cuidadoso, entendido, y emplear los medios idóneos, conforme a las circunstancias, para alcanzar un determinado resultado útil para el acreedor y que este apetece, pero sin asegurarlo, o sea que no responde por el mero hecho de la ausencia de aquel, sino en razón de una conducta deficiente. Una y otra parte son conscientes de la situación, ambas prevén el resultado, saben que este es de suyo aleatorio, y le asignan al deudor la tarea de propiciarlo con una conducta idónea. Hay una contingencia, valga repetirlo, "y se ve que el alea del resultado constituye normalmente el criterio de la distinción". Esto quiere decir que el deudor no asume responsabilidad por el mero hecho de que el objetivo no se logre, por lo mismo que su obtención no es riesgo suyo; responderá, apenas, en el evento de que el fracaso sea imputable a su incuria, negligencia, imprudencia, impericia, deficiencia. Otra cosa es si se presume o no su culpa, o dicho de manera más conforme a los términos de nuestra ley: que ha de tenerse presente que "[1] a prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; [y] la prueba del caso fortuito al que lo alega" (arts. 1604 [3] y 1733 [i] c. c.). Las dos partes, empeñadas en sacar adelante su respectiva causa, pondrán todo su conato en demostrar los supuestos de hecho de las normas que invocan y les favorecen (art. 177 [i] c. de p. c.): el deudor, su inocencia, o sea que se comportó como era de esperar de él y le era exigible, o incluso, por encima de ese nivel; el acreedor, el error de conducta del obligado. Teniendo presente que la propia individualización de la prestación como de resultado o como de medios, que se dice depender de la naturaleza del objeto, no es absoluta, ni tan objetiva, es así mismo distinta la calificación que la ley o la jurisprudencia le den a la obligación surgida de una determinada figura contractual, y que por ese conducto una obligación tradicionalmente tenuta como de medios o de prudencia y diligencia pase a ser tenuta como de resultado, o -lo que sería más exacto- que se le dé a una obligación ciertamente de medios el tratamiento probatorio (presunciones y cargas) propio de las de resultado, especialmente en razón de las condiciones de inferioridad probatoria de la víctima y en el ánimo de cubrir más intensamente su indemnidad. Es el caso de algunas prestaciones médicas, quirúrgicas o paramédicas, de que son ejemplo los exámenes clínicos, las transfusiones, la anestesia, la cirugía plástica, si que también las obligaciones de proveedor, fabricante, distribuidor, frente al consumidor a propósito de la calidad y sanidad del producto, respecto de las cuales la tendencia es a considerar que el profesional o quien interviene en el proceso industrial y comercial asumen una obligación de garantía...”

Es manifestación generalizada por parte de las Fiduciarias que sus obligaciones, en los Contratos de Fiducia generan únicamente una obligación de medio pero nunca de

resultado. Apoyan esta afirmación en lo estatuido por el Decreto 663/93 artículo 29, en donde se dispone que los encargos y contratos que celebren las Fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción de obligaciones de resultado. Esta afirmación no es del todo cierta por cuanto existen excepciones en la asunción de obligaciones por parte de las Fiduciarias.

Al respecto se ha referido el abogado especialista en Derecho Financiero, Doctor Mauricio Valenzuela Gruesso, al expresarse: "... Pero no puede tal principio extenderse como una verdad absoluta a todos los negocios fiduciarios. Estudiosos del tema, así como diversos tribunales de arbitramento y la Superintendencia Bancaria, han aceptado que en los contratos fiduciarios no todas las obligaciones son de medio.

Hay quienes, a pesar de admitir que en un mismo contrato pueden convivir obligaciones de ambas clases, consideran que las de medio siempre son las principales. Según este criterio, las de resultado simplemente cumplen la función de obligaciones complementarias o instrumentales, como ocurre con la obligación de mantenerlos activos fideicomitidos separados de los propios de la fiduciaria y el deber de rendir cuentas.

Para otros, las obligaciones de resultado no tienen por qué resignarse a la condición de secundarias, sino que pueden ser las principales del contrato. Para ilustrar esta afirmación citan como ejemplo un contrato de fiducia mercantil por virtud del cual se constituye un patrimonio autónomo con una suma de dinero para que, a su vez, la fiduciaria lo entregue a un tercero en una fecha determinada con el fin de cancelar una deuda. En este caso es claro que se trata de una obligación de resultado que, además, es la principal del contrato.

Ahora bien, no se trata de mutar en obligaciones de resultado aquellas que son de medio, sino de reconocerle a cada una su verdadera naturaleza, lo que deberá hacerse mediante el análisis de la prestación específica que se haya pactado.

Lo cierto es que identificar el tipo de obligación tiene una importancia muy grande, dado que delimita la responsabilidad de la fiduciaria. Si son obligaciones de medio, la responsabilidad estará restringida a la verificación de su debida prudencia y diligencia en la realización de las actuaciones necesarias para alcanzar el fin perseguido. Y si se trata de obligaciones de resultado, la fiduciaria tendrá que responder por no haber logrado el cumplimiento de la prestación.

¿Qué dicen los laudos?

Tal como lo expresó el tribunal de arbitramento que dirimió la controversia entre Monómeros Colombo Venezolanos y Lloyds Trust, "entratándose del incumplimiento de las obligaciones de resultado a cargo del fiduciario, dicho incumplimiento hará presumir su culpa y para exonerarse habrá de demostrar el acaecimiento de una causa extraña, que puede consistir en la ocurrencia

de una fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante del acreedor o hecho de un tercero, por el cual no deba responder el deudor”.

Por su parte, la responsabilidad que atañe a las obligaciones de medio ha sido objeto de debates. De ella se han ocupado diversos tribunales de arbitramento para decir que a la fiduciaria le corresponde una carga de prudencia y diligencia calificada, lo que significa que va más allá de la de un hombre medio en la atención de sus negocios.

El laudo arbitral que decidió la controversia entre Inurbe y Fiduagraria lo expresó así: "En todo caso, algunas pautas nos indican que la labor del profesional ha de ir más allá de lo que normalmente se le exigiría a un hombre ordinario o medio. Es así como las normas del mandato (...) nos señalan que la diligencia exigible al deudor -que es la propia del buen padre de familia, o culpa levis in abstracto-en ocasiones debe aumentarse, esto es hacerse más rigurosa, en particular cuando el mandatario es remunerado, lo que constituye una característica de la prestación de los servicios profesionales".

Este razonamiento alcanza mayor concreción en el laudo citado de Monómeros Colombo Venezolanos contra Lloyds Trust. En este caso la fiduciaria se abstuvo de practicar avalúos de los bienes dados en garantía, amparada en que el patrimonio autónomo no disponía de recursos líquidos ni el fideicomitente los había aportado, siendo estos los mecanismos previstos en el contrato para el efecto. Sin embargo, el tribunal consideró que a la fiduciaria le era exigible una especial diligencia, más allá de lo escrito en el contrato.

De esta forma, el elemento de la profesionalidad de las fiduciarias ha sido utilizado para derivarles una responsabilidad que va más allá de la prudencia y diligencia de un hombre medio en la atención de sus negocios, a pesar de la limitación contenida en el artículo 1243 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual las fiduciarias solo responden hasta de la culpa leve.

Orientación que, en términos generales, corresponde a la tendencia de la jurisprudencia y la doctrina en materia de bancos, soportadas igualmente en la profesionalidad de dichos establecimientos y su condición de depositarios de la confianza pública. Elementos que suelen traducirse en mayores cargas de diligencia y especiales deberes en el desarrollo de sus actividades, sin que exista total certeza sobre cuál es el límite. Por esta misma vía, los juicios de responsabilidad de las fiduciarias podrían volverse mucho más rigurosos...”

Los anteriores razonamientos conducen a este Tribunal a acceder a la pretensión que el apoderado de los convocantes determina en el acápite de la demanda en el literal II, correspondiente a la “...DECLARACIÓN JUDICIAL DE RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA...”, declarando, suficientemente probado el incumplimiento de Proplaza Ltda. y de Alianza Fiduciaria S.A. y por ende declarar la resolución por incumplimiento

de la parte demandada de los tres contratos celebrados por cada uno de los convocantes con Proplaza Ltda. y Fiduciaria Alianza S.A.

Como consecuencia de prosperar esta pretensión se ordenará a Alianza Fiduciaria S.A. y a Proplaza Ltda. a restituir las sumas de dinero aportadas por los convocantes, pero no en forma solidaria sino en forma conjunta. En la devolución de estos dineros no se podrá condenar en forma solidaria, puesto que dicha solidaridad debió haberse pactado expresamente, no obstante presumirse la solidaridad en los negocios mercantiles de acuerdo a lo estipulado en el artículo 825 del Código de Comercio, por cuanto estos contratos no fueron celebrados de manera conjunta, esta condena que se expresará en la parte resolutive de este laudo.

Habiendo prosperado la primera pretensión subsidiaria, el Tribunal se abstendrá de considerar las segundas pretensiones subsidiarias de declaración judicial de resolución por mutuo disenso (sic) tácito de los tres contratos celebrados con Proplaza Ltda. y Fiduciaria Alianza que propone el apoderado de los convocantes.

Para entrar a considerar la pretensión invocada en el acápite IV, se debe tener en cuenta la conducta esgrimida por los convocantes como cesionarios de beneficio, durante el desarrollo del proyecto denominado “Terrazas de Chipichape”, resaltando el Tribunal que no se les deberá premiar su incuria, negligencia o decidía en el manejo de su patrimonio, por cuanto ellos debieron estar atentos y pendientes a lo que ocurría en el desarrollo del proyecto en el cual habían fincado sus esperanzas de inversión a fin de obtener un resultado como es el de habérseles adjudicado el inmueble objeto del Contrato de Cesión de Beneficios.

Los Cesionarios de Beneficios nombraron un Comité Fiduciario que los representaría ante la Fiduciaria, Comité que en el ejercicio de sus funciones debió permanecer atento a las incidencias del desarrollo del proyecto, especialmente observando la variación en los costos del movimiento de tierra, que se incrementó de manera exuberante.

Con su proceder los Convocantes incurrieron en la reducción de la indemnización de que trata el artículo 2.357 del Código Civil. Si los Convocantes hubieren estado atentos al desarrollo del proyecto, en debida oportunidad habrían podido instruir o prohibir a la Gerente del proyecto Proplaza Ltda. y a la Fiduciaria encargada del manejo de los fondos, la entrega de dineros superiores a los presupuestados para el movimiento de tierra causante del desbarajuste económico. De la misma manera, los Convocantes, ya sea directamente o a través del Comité Fiduciario, observando los grandes sobrecostos en el movimiento de tierra, y por consiguiente previendo el mayor valor de las unidades privadas hubieran podido, en un caso dado modificar las condiciones y estructura general de las edificaciones, pero el no haberlo hecho, y abandonando todo interés en manos de

la Fiduciaria, incurrieron en la reducción de que trata la norma en cita. Al respecto se ha referido nuestro alto Tribunal de Justicia, en los siguientes términos:

“... Fundamento de la reducción de la indemnización por concurrencia de culpas.

"Pero como el daño no siempre tiene su origen en la culpa exclusiva de la víctima, o en descuido único del demandado, sino que, en muchas ocasiones, tiene su manantial en la concurrencia de culpas de uno y otro, en negligencia tanto de la víctima como del autor del perjuicio, entonces, en este último evento, en virtud de la concausa, el demandado no puede ser obligado, sin quebranto de la equidad, a resarcir íntegramente el daño sufrido por la víctima. Si la acción o la omisión culposa de ésta fue motivo concurrente del perjuicio que sufre, necesariamente resulta ser el lesionado, al menos parcialmente, su propio victimario. Y si él ha contribuido a la producción del perjuicio cuya indemnización demanda, es indiscutible que en la parte del daño que se produjo por su propio obrar o por su particular omisión, no debe responder quien sólo coadyuvó a su producción, quien realmente, no es su autor único, sino solamente su copartícipe.

Tal es el fundamento racional y lógico del artículo 2357 del Código Civil que expresa:

"La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

Pero reducir, según la inteligencia que a esa voz le da el diccionario de la Real Academia en el texto transcrito, es equivalente de disminuir, mas no de liberar o eximir del pago de la obligación.

La total reparación del daño producido tanto por negligencia de la víctima como del demandado, no puede exigirse judicialmente de éste, pues habiendo contribuido también a su producción la propia persona que lo padece, entonces la solución equitativa es la de reducir su monto. Sólo cuando el perjuicio se ocasiona por culpa exclusiva de la víctima, vale decir cuando el demandado no contribuyó a su producción, entonces sí puede declararse que éste queda exento de la obligación de indemnizar..." (CSJ, Sent. Feb 9/76).

De las pruebas recaudadas en el proceso observa el Tribunal que los Convocantes no estuvieron vigilantes, atentos al desarrollo del proyecto de construcción, antes por el contrario al depositar su confianza en Proplaza Ltda. y en Alianza Fiduciaria S.A. delegaron en estas, amén del Comité Fiduciario, todas las atribuciones, desentiéndose por completo de los dineros aportados. Con este proceder concurren en la culpa del fracaso del proyecto y por consiguiente el Tribunal deberá sancionar su conducta puesto que los Arbitros, que para el caso actúan ejerciendo la calidad de jueces, gozan del poder para determinar los aspectos de hecho que juegan papel preponderante en los casos de

responsabilidad civil. Al respecto se ha manifestado también el profesor Jorge Suescun Melo en su obra Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo I al decir:

“... PODER DE LOS JUECES. De subrayarse el hecho de que los jueces gozan de un ostensible poder de apreciación para determinar los aspectos de hecho, los cuales juegan un papel preponderante en los casos de responsabilidad civil. Pueden en consecuencia definir si hay o no vínculo de causalidad, decisión que, a menos que desconozca las reglas sobre pruebas, no podrá ser variada por el superior; igualmente pueden determinar si ha habido culpa de la víctima que pueda absorber la del demandado o pueden concluir que hay concurrencia de culpas y distribuir la reparación en las proporciones que estimen convenientes.

Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia que "el sistema legal concede al juez amplios poderes para valorar, en concreto y a la luz de las probanzas, el hecho y las circunstancias determinantes del daño no sólo en la tarea de deducir hasta donde fue evitable, sino también en cuanto respecta a saber en qué medida la propia culpa de quien sufrió el perjuicio puede atenuar y aún suprimir la responsabilidad". La Corte, incluso, señala que para la distribución de la reparación goza de una facultad discrecional que implícitamente le defiere el legislador".

La doctrina también considera que el rompimiento del vínculo de causalidad, mediante la demostración del hecho o culpa de la víctima, es cuestión de hecho que aprecian los jueces, aunque nuestro más alto Tribunal controla la decisión sobre existencia del vínculo de causalidad. Además tienen discrecionalidad para decidir si en efecto hubo daño y su monto, y a menos que violen normas sobre pruebas, la referida corporación no podría variar ese criterio, aunque el aspecto de si tales daños son directos, previsibles, etc., sí es un punto jurídico que revisa la Corte Suprema de Justicia. También tienen un amplio margen de discrecionalidad para la reducción de la indemnización en caso de culpa de la víctima`. Respecto de la culpa señalan los autores que es un aspecto de hecho, pero si consiste en la violación de una obligación precisa de una ley o reglamento, se entrelaza con el derecho y tiene control de la Corte, aun cuando ésta en general verifica si en efecto los hechos constituyen culpa".

No debe perderse de vista que es en realidad el juez de instancia el que dispone de un más amplio margen de maniobra como lo ha reconocido la misma Corte Suprema de Justicia, la cual ha manifestado: "en cuanto al artículo 2357 del Código Civil, se observa que no contiene una tarifa o indicación precisa de la reducción en él autorizada cuando hay concurrencia de culpas, lo que significa que en este caso, implícitamente, como explícitamente en otros análogos, el legislador defiere a la prudencia del juez, es decir, que en casación no es posible infirmar un fallo recurrido porque la Corte crea que, al

haber sido fallador de instancia, habría aumentado o disminuido la reducción señalada por el Tribunal”.

Así mismo estimó nuestro más alto Tribunal, en un caso en que se presentó concurrencia de culpas, que no era posible modificar en el fallo de casación la decisión del inferior, expresando que no le era dable a la Sala "rectificar la apreciación que hizo el Tribunal en cuanto a la intensidad y cuantía de la reducción decretada, porque sobre este particular gozaba de libertad para enjuiciarla según los elementos probatorios y su conciencia de juzgador, no siendo dado a la Corte rectificar esa apreciación sino en caso de error de hecho manifiesto o de derecho en la estimación de las pruebas (...)". ...”

Adicionalmente, y acerca de este tema específico, el Tribunal de Arbitramento que funcionó en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali para dirimir las controversias surgidas entre “Ayacar S.A. y Fiduciaria FES S.A. FIDUFES durante la ejecución de un contrato de fiducia mercantil, dijo en su Laudo de 2 de abril de 2004:

“...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

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

Es por lo anteriormente expresado que este Tribunal rechaza la pretensión enunciada en el acápite IV del escrito de demanda integrada, perjuicios materiales y perjuicios morales.

De las Excepciones

En primer término este Tribunal deberá referirse a las propuestas por la convocada Alianza Fiduciaria S.A.:

- Extinción o agotamiento de la cláusula compromisoria Es conocido por la jurisprudencia nacional y extranjera que la excepción tiende a enervar parcial o totalmente la pretensión. De la lectura atenta del libelo de convocatoria, en ninguno de sus apartes se vislumbra siquiera una pretensión tendiente a declarar la competencia del Tribunal. De la misma manera tampoco es de recibo la excepción denominada Extinción o agotamiento de la cláusula compromisoria, ya que esta apunta no al fondo de la controversia sino al aspecto estrictamente formal del proceso, por lo cual carece de sentido pronunciarse al respecto por el Tribunal. Además el tema de la competencia del Tribunal para asumir el conocimiento de la controversia planteada tanto en la demanda principal (posteriormente integrada con la reforma hecha a la misma), como respecto de la de reconvención, ya ha sido tratado por el Tribunal en el capítulo relativo a la competencia del mismo, cuya lectura se remite el Tribunal.
- Autonomía de los derechos y obligaciones que se derivan o tienen fuente en el contrato fiduciario, promesa de cesión de derechos, cesión de derechos de beneficio y encargo fiduciario, En el desarrollo del proceso encuentra el Tribunal que no aparece ningún hecho en el expediente que desvirtué total o parcialmente el fundamento de la prosperidad de excepción del incumplimiento (art. 306 del C.P.C.).
- Excepciones de: "...III. Contrato no cumplido... IV. Culpa propia incumplimiento de los convocantes (cesionarios de Beneficio)... V. Alianza Fiduciaria S.A. no ha incurrido en mora de cumplir sus obligaciones...VI. Carencia de derecho sustancial de los convocantes... VII. Inexistencia de perjuicios. Carencia de nexo causal...VIII. Existencia de contratos válidamente celebrados...IX. La inversión de los dineros entregados a Alianza Fiduciaria S.A. ... X. Limitación de la responsabilidad de Alianza Fiduciaria... XI. Limitación de la cuantía de la responsabilidad de Alianza Fiduciaria S.A. XII Excepción de hecho propio

de los accionantes – ausencia de culpa y de toda responsabilidad de Alianza Fiduciaria.... XII ausencia de causa y objeto ilícito... XIV. Prescripción...

Para resolver en conjunto las excepciones anteriormente determinadas considera el Tribunal que sobre los argumentos que las fundamentan estas excepciones se ha discurrido extensamente, al analizarse y decidirse el fundamento de la prosperidad de la pretensión resolutoria del contrato de fiducia mercantil, por incumplimiento de la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., en lo que atañe a la indelegabilidad de sus deberes y a la falta de diligencia con que debió de haber obrado la Fiduciaria respecto al desarrollo del contrato. Con base en lo anterior, las excepciones enunciadas se declararán no probadas y el Tribunal se remite a lo manifestado en cuanto al análisis del contrato de fiducia e incumplimiento de la Fiduciaria, respecto a sus deberes como tal. De igual manera se encuentra establecido el cumplimiento de los requisitos de la legitimación por activa de los convocantes, como Cesionarios de Beneficio o Fideicomitentes. De la misma manera se encuentran debidamente estudiados el Contrato de Fiducia, de Promesa de Cesión de Beneficios, de Cesión de Beneficios, y Encargo Fiduciario, respecto a su existencia y validez.

En segundo término este Tribunal pasa a referirse a las excepciones propuestas por el curador ad litem de Proplaza Ltda., que determinó en su acápite correspondiente así:

- Indebida acumulación de acciones, -Validez del contrato y Tipicidad de la acción de resolución.

De la misma manera, considera el Tribunal que abundan los argumentos expresados en este escrito, con los cuales se atendió la prosperidad de la pretensión del incumplimiento de la parte demandada contenida en el libelo demandatorio, para declarar no probadas las excepciones propuestas por el curador ad litem que actuara en este proceso en representación de la demandada Promotora Plaza de Cayzedo Ltda. “Proplaza Ltda.”

Demanda de Reconvención

Habiéndose efectuado un análisis de este tema, solo atañe al Tribunal referirse a la demanda de reconvención indicando que el apoderado de la convocada Alianza Fiduciaria S.A. solicitó a este Tribunal que se declare que sus contrademandados incumplieron su obligación de aportar los dineros necesarios

para la ejecución del proyecto y de “subrogarse” en los créditos de construcción de acuerdo a sus derechos. Consecuente con esta solicitud también se solicitó al Tribunal que decidiera que los contrademandados deberían aportar todas las sumas necesarias para la ejecución del proyecto y para cancelar el pasivo total del fideicomiso.

A juicio del Tribunal no son aceptables estas pretensiones ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo de Alianza Fiduciaria S.A., incumplimiento que se ha dejado suficientemente expuesto, ya que la cesación en los pagos de cuotas y la no “subrogación” en los créditos para la construcción, son consecuenciales de la falta de cumplimiento de Alianza Fiduciaria S.A. respecto de sus propias obligaciones. Por lo demás, la solicitud de continuar el aporte de cuotas para la ejecución del proyecto por parte de los convocantes, ahora contrademandados, choca con la realidad actual de haber salido del patrimonio del fideicomiso el “lote especial No.2”, y las construcciones allí adelantadas como consecuencia de haber sido rematados por el acreedor hipotecario, Banco Colmena S.A., de tal manera que la continuación de las construcciones es hoy un imposible material y jurídico.

Contestación a la demanda de reconvención y excepciones propuestas

Por no haber prosperado las peticiones de la demanda de reconvención, no habrá lugar a que el Tribunal examine las excepciones propuestas por el apoderado de los contrademandados que son los convocantes de este proceso arbitral.

Las llamadas en garantía

Consta en el expediente el escrito contentivo del llamamiento en garantía realizado por la convocada Alianza Fiduciaria S.A., en cuanto a Aseguradora Colseguros S.A. y a Seguros Colpatria S.A. con el argumento de que ambas aseguradoras debían presentarse al proceso arbitral pues en el evento de que llegara a ser condenada a pagar cualquier suma de dinero a los convocantes, ese pago debe ser cubierto por las pólizas de seguros que amparan la responsabilidad de la tomadora.

Lo primero que debe hacer el Tribunal es establecer la fecha del siniestro, pues de ella surge, de haberlo, la obligación para las aseguradoras de responder por el pago a que se condene, si fuere el caso a Alianza Fiduciaria S.A. Hecho un juicioso análisis para establecer la ocurrencia del siniestro, concluye el Tribunal

que fue el día 23 de septiembre de 1996, cuando la Asamblea de Cesionarios de Beneficio resolvió que no continuarían pagando las cuotas del Encargo Fiduciario. Desde luego esa determinación fue una de las causas del colapso del proyecto pues es entendible que no podía continuar por carencia de fondos. Entonces, el riesgo amparado tanto por Aseguradora Colseguros como por Seguros Colpatria aparece en la fecha atrás indicada. Estudia ahora el Tribunal si para esa fecha estaban vigentes las pólizas expedidas por ambas aseguradoras.

En cuanto a Aseguradora Colseguros S.A. encuentra el Tribunal que si bien es cierto que en el expediente aparece la póliza No. 260632, expedida el 3 de mayo de 1996, renovada anualmente hasta la última expedida el 28 de abril de 2001 con vigencia al 28 de abril de 2002, la circunstancia de haberse excluido, y como aquí se trata de una relación contractual entre Alianza Fiduciaria S.A. y los beneficiarios la responsabilidad asumida por el asegurado “bajo los términos, condiciones, garantías de contratos o convenios”, concluye el Tribunal y así habrá de manifestarlo en la parte resolutive del presente laudo, que para el caso que nos ocupa no le cabe responsabilidad alguna ni puede ser sujeto de reclamo Aseguradora Colseguros S.A. por efecto de la mencionada póliza No. 260632 y sus anexos.

Además, no aparece demostrado que Alianza Fiduciaria S.A. haya noticiado a Aseguradora Colseguros de cualquier reclamación proveniente del fideicomiso ADM0431 Terrazas de Chipichape, ni siquiera cuando su representante legal fue denunciado penalmente por algunos de los beneficiarios.

Con relación a Seguros Colpatria S.A., más nítida resulta la circunstancia concerniente a la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros No. 4300000084, expedida el 13 de agosto de 2002, porque siendo este el único contrato de seguros que vincula a Alianza Fiduciaria S.A. con Seguros Colpatria S.A., no podría endilgársele responsabilidad alguna a esta Aseguradora, pues mal podría una póliza expedida en el 2002, amparar un siniestro acaecido el 23 de septiembre de 1996, que es la fecha que el Tribunal acoge como la del siniestro. Además, lo mismo que en la de Aseguradora Colseguros S.A., también Colpatria excluye el amparo para riesgos provenientes de relaciones contractuales, como es la que tiene Alianza Fiduciaria S.A. con los beneficiarios del fideicomiso ADM0431 Terrazas de Chipichape.

Sirvan las anteriores consideraciones para que el Tribunal decida en la parte resolutive de la presente providencia que Seguros Colpatria no podrá ser llamada por Alianza Fiduciaria S.A. a pagar cualquier suma de dinero a que fuere condenada en este laudo.

CAPITULO XIII

Las condenas

Queda ya analizado por el Tribunal el fundamento de la no prosperidad de la pretensión principal de declaración de existencia de nulidad absoluta, tanto por objeto ilícito, como por omisión de requisitos o formalidades que las leyes prescriben para su validez, en consideración a la naturaleza de los actos o contratos a los cuales se refieren los literales a), b) y c), y, asimismo las razones por las cuales tampoco pueden prosperar las súplicas distinguidas con los números 2, 3, 4, 5 y 6 de las pretensiones principales planteadas en la demanda integrada promovida por Luz María Zamorano de Castilla y Otros contra Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda. El Tribunal se remite a este respecto al estudio in extenso el alcance y efectos de las pretensiones principales planteadas por el apoderado de los convocantes en la demanda reformada e integrada.

En cambio, tal cual lo dijo oportunamente el Tribunal y ante la no prosperidad de las súplicas de la pretensión o pretensiones principales postuladas en la reforma de la demanda, posteriormente integrada por el apoderado de los convocantes, acogió lo solicitado en las peticiones de la primera pretensión subsidiaria relativa a la resolución de los contratos a los cuales hacen mención los literales a), b) y c) del numeral 1. (4.2.2.), los numerales 2, 3, 4, 5, 6 y 7. A este respecto recuérdese que la doctrina en general ha observado con sobradas razones que *“este modo de disolverse los contratos se presenta cuando éstos son privados total o parcialmente de su eficacia, a causa del incumplimiento culposo de las obligaciones a cargo de una de las partes, si el contrato es bilateral..., o del incumplimiento de la única parte obligada por el contrato unilateral, como si el comodatario destina la cosa a un fin distinto del estipulado. En tal caso, el contrato pierde su eficacia, por virtud de un fallo judicial estimatorio de la acción de resolución que ejerza el contratante insatisfecho”* (Cfr. Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, sexta edición actualizada, Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia – 2000, pág. 548).

De todo lo expuesto en el presente laudo, concluye el Tribunal que los convocantes están legitimados en causa activa para haber impetrado la primera

pretensión subsidiaria de resolución de contratos por incumplimiento, de los cuales se ha hecho mención al denegar este mismo Tribunal la prosperidad de las súplicas principales de la demanda reformada e integrada por los convocantes, y acoger favorablemente el contenido de las peticiones a que se refiere la primera petición subsidiaria de la citada demanda.

Al haber concluido este Tribunal que Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda. incumplieron los contratos de que trata la primera pretensión subsidiaria contenida en la reforma de la demanda inicial y posteriormente integrada por el apoderado de los convocantes, se les condenará a éstas a restituir las sumas de dinero aportadas por estos últimos, mas no en forma solidaria sino en forma individual o conjunta. En la devolución de estos dineros por parte de las mencionadas sociedades no podrá infligirse condena solidaria por el Tribunal, ya que el fenómeno de la solidaridad debió haberse pactado expresamente, no obstante presumir la solidaridad en los negocios mercantiles, el artículo 825 del C. Cio., pues estos contratos no fueron celebrados solidariamente sino en forma individual o conjunta.

Con fundamento en el acogimiento o prosperidad de la totalidad de las súplicas de la primera pretensión solidaria a que se refiere el apoderado de los convocantes en su demanda reformada e integrada, este Tribunal de Arbitramento hará en la parte resolutive del laudo las siguientes condenas a cargo de Alianza Fiduciaria S.A. y Promotora Plaza de Cayzedo Ltda., por partes iguales en un 50% cada una, por concepto de daño emergente, de acuerdo con las siguientes partidas:

Casa No.	Convocante	Aporte	Aporte indexado a enero 31 de 2005
301	Alvaro Federico Shneider y Liliana Mejía Hurtado	67.058.585.00	203.642.274.65
171	Amparo Sánchez Zapata y Hernando Orozco Grisales	37.647.823.00	114.328.214.82
61	Diego Miguel Rodríguez	37.474.415.00	113.801.612.60
481	Esperanza Cortazar Centeno	28.551.378.00	86.704.298.34
331	José Antonio Sánchez	30.450.295.00	92.470.894.48
81	José Ricardo Arango	37.474.415.00	113.801.612.60
112	José Ricardo Arango	29.938.906.00	90.917.917.79
33	José Ricardo Arango	29.938.906.00	90.917.917.79

10 A	Luz María Zamorano & Cía S. en C.	39.474.415.00	119.875.175.73
Casa No.	Convocante	Aporte	Aporte indexado a enero 31 de 2005
8 D	Luz María Zamorano de Castilla	29.938.906.00	90.917.917.79
9 D	Luz María Zamorano de Castilla	29.938.906.00	90.917.917.79
471	María Leonor Velásquez Rash	30.385.761.00	92.274.918.82
31	María Elena García	68.359.997.00	207.594.378.61
41	Mercedez Tello de López	39.474.421.00	119.875.193.95
211	Noraida Franco P.	37.622.688.00	114.251.885.31
10 C	Alfonso Zorrilla Sanclemente	26.172.835.00	79.481.182.81
132	Luis Miguel Madriñán Guerrero, Consuelo Guerrero de Madriñán y Claudia Susana Vivas Herrera	29.938.904.00	90.917.911.72
88	Darío Martínez Chavez	21.123.871.00	64.148.582.02
52	Diana Carolina López y Armando León Jiménez	29.063.778.00	88.260.345.21
144	Máximo Morales Torres	33.261.179.00	101.006.935.19
155	Máximo Morales Torres	33.277.936.00	101.057.822.54
13 C	Enrique Sanclemente M.	72.651.475.00	220.626.659.89
14	Carlos Roberto Ramírez y Fanny Dávila de Ramírez	29.938.906.00	90.917.917.79
22	Gloria Alicia Quijano	29.533.490.00	89.686.757.96
153	Gloria Dotly Arévalo de Sandoval	31.938.912.00	96.991.499.14
102	Ingrid María Wolff y Guillermo Ramírez T.	41.806.469.00	126.957.114.32
62	Héctor Danilo Padilla Valle y Bárbara Díez de Padilla	29.525.800.00	89.663.405.11
73	Hernando Concha y Lucy Escobar de Concha	29.935.259.00	90.906.842.65
124	Jaime Montoya Pulido	29.938.906.00	90.917.917.79
311	Jaime Umaña	37.474.415.00	113.801.612.60
83	Janeth Ramírez Serrate	29.938.906.00	90.917.917.79
27	Juan Carlos Fernández Duque y Martha Alejandra Puentes	28.621.563.00	86.917.434.86
104	Luis Hernando García Vergara y Luz Gertrudiz Toro de García	29.938.906.00	90.917.917.79
25	María Elena Zambrano C.	25.121.809.00	76.289.446.43
54	Moises Sandoval Baena	29.938.908.00	90.917.923.87
93	Nicolás Vargas Torres y Leonor Rozo	68.183.250.00	207.057.636.58

	de Vargas		
Casa No.	Convocante	Aporte	Aporte indexado a enero 31 de 2005
11 F	Ana Cristina Vélez Jaramillo	19.904.796.00	60.446.517.53
37	Nidia Elena Valencia Ruiz	17.857.553.00	54.229.487.73
57	Olga Marmolejo de López	16.665.772.00	50.610.309.16
361	Pedro Vicente Gamboa	37.566.889.00	114.082.435.94
24	Blanca Margarita Serrate	29.938.906.00	90.917.917.79

Costas

Este Tribunal atendiendo la facultad que le confiere el art. 392 numeral 6º del C.P.C., conforme al cual “... *en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial expresando los fundamentos de su decisión..*” (subrayado fuera de texto); y en virtud de prosperar, parcialmente sólo una de las pretensiones de la demanda, se abstendrá de condenar en costas a la parte convocada. Esta abstención se fundamenta en que solo de manera parcial prosperó la primera pretensión subsidiaria de la demanda principal respecto del incumplimiento por parte de Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda. en cuanto a cada una de sus obligaciones, razón por la cual se les condenará a estas a la devolución de los dineros recibidos de los convocantes como Cesionarios de Beneficio, mas no a las demás condenas solicitadas en dicha pretensión.

Honorarios del Curador ad litem de la sociedad Proplaza Ltda.

Tal como se ha dicho, la sociedad Proplaza Ltda. ha actuado en este proceso arbitral por conducto de curador ad litem, dada la no comparencia del representante legal de la misma. Teniendo en cuenta esta circunstancia el Tribunal oportunamente señaló al curador ad-litem por concepto de gastos de la mencionada curaduría la suma total de tres millones de pesos (\$3.000.000.00) moneda corriente, tal como consta en el cuaderno de actas del expediente.

Esta cantidad de dinero la tendrá en cuenta el Tribunal al hacer la liquidación concreta de los honorarios del curador ad litem de la sociedad Proplaza Ltda., siempre y cuando justifique éste la utilización real de la suma o sumas de dinero empleadas por él mismo, en gastos ocasionados por su gestión dentro de este proceso arbitral. De no justificar el curador ad litem el empleo o utilización de la suma dineraria fijada por el Tribunal por concepto de gastos realizados en el

proceso, aquella se imputará a sus honorarios, de conformidad con lo dispuesto la ley 794 del año 2003.

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta la participación que ha tenido el curador ad litem dentro del presente proceso, consistente en la representación de la sociedad Proplaza Ltda. en calidad de auxiliar de la justicia, el Tribunal fijará en la parte resolutive del presente laudo la cantidad de diez millones de pesos (\$10.000.000.00) moneda corriente, por concepto de honorarios.

CAPITULO XIV

LA DECISION

Esbozados los planteamientos que se han considerado pertinentes, concluye este Tribunal que Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda. incumplieron los contratos de Fiducia Mercantil. Proplaza Ltda. incumplió los Contratos de Promesa de Cesión de Beneficios y Cesión de Beneficios, y Alianza Fiduciaria S.A. también incumplió los encargos fiduciarios, a los cuales hacen referencia la primera pretensión subsidiaria de la demanda principal reformada y posteriormente integrada por el apoderado de la parte convocante. Fundado el Tribunal en esta consideración acogerá parcialmente en la parte resolutive la primera pretensión subsidiaria de la demanda principal, por no prosperar las pretensiones principales de declaración de existencia de nulidad absoluta, con base en los argumentos expuestos oportunamente en la parte expositiva de este laudo.

CAPITULO XV

LAUDO ARBITRAL

Reunidos entonces los presupuestos procesales y materiales en este proceso arbitral, y no observándose causal de nulidad alguna del proceso, es deber del Tribunal proferir laudo de mérito. Con base en lo anteriormente expuesto, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Niégase la totalidad de las súplicas o peticiones de las pretensiones principales de la demanda inicial, reformada e integrada por el apoderado de la parte convocante, por las razones oportunamente dadas en la parte motiva del presente laudo.

SEGUNDO.- Por no haber prosperado las pretensiones principales de la demanda inicial a la cual hace referencia el numeral anterior, se declaran

infundadas las excepciones de mérito propuestas por el apoderado o apoderados de la parte convocada.

TERCERO.- Como consecuencia de la falta de prosperidad de las pretensiones principales de la demanda inicial, reformada e integrada por el apoderado de la parte convocante, acógense parcialmente los literales a), b) y c) del numeral 1 de la primera pretensión subsidiaria de declaración de resolución de contratos a que se refiere la mencionada demanda, asimismo acoge el Tribunal el numeral 2 de la misma pretensión subsidiaria de la mencionada demanda, también acoge el Tribunal el numeral 3 de la misma, pero solo en cuanto a la restitución indexada o con corrección monetaria de las sumas recibidas por Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda., a partir de la entrega de los respectivos dineros por parte de los convocantes ya mencionados.

CUARTO.- Niégase la petición de condena a cargo de las sociedades Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda. con relación al pago de intereses a partir de la entrega de los dineros a que alude el número 3 de la primera pretensión subsidiaria de declaración de resolución a la cual hace alusión la demanda principal reformada e integrada por el apoderado de los convocantes.

QUINTO.- No se accede por el Tribunal a lo solicitado por el apoderado de la parte convocante en los numerales 4 y 5 de la primera pretensión subsidiaria de la demanda principal, reformada e integrada por el mismo, por no haber sido tema u objeto de los hechos postulados en la aludida demanda principal.

SEXTO.- No se condena en costas a las sociedades Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda., por haber prosperado parcialmente la primera pretensión subsidiaria de declaración de resolución de contratos a la cual hace alusión la demanda principal reformada e integrada por el apoderado de los convocantes, de conformidad con el numeral 6 del artículo 392 del C.P.C. y lo dicho en la parte motiva de este laudo.

SEPTIMO.- Declarar que la sociedad Alianza Fiduciaria S.A. incumplió el Contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre Proplaza Ltda. como fideicomitente y Alianza Fiduciaria S.A. como Fiduciaria tal como consta en la Escritura Pública No. 4889 de 1º de diciembre de 1993, de la Notaría Once del Circulo de Cali, con relación al fideicomiso ADM0431 Terrazas de Chipichape, sobre el lote especial No. 2,

cuya ubicación, cabida y linderos constan en el citado título público, por las consideraciones contenidas en la parte motiva de este laudo.

OCTAVO.- Declarar que la sociedad Alianza Fiduciaria S.A. incumplió los contratos de Encargo Fiduciario celebrados con Luz María Zamorano de Castilla en su propio nombre, y además en representación de la sociedad Luz María Zamorano y Cía S. en C., José Ricardo Arango Mutis, Ingrid María Wolff y Guillermo Ramírez, Mercedes Tello de López, Noraida Franco Puente, Darío Martínez Chávez, Gloria Dotly Arévalo de Sandoval, Héctor Danilo Padilla y Bárbara Díez de Padilla, Enrique Sanclemente, Liliana Mejía Hurtado y Alvaro Federico Shneider, María Leonor Velasquez Rasch, Diego Miguel Rodríguez González, Pedro Vicente Gamboa, Alfonso Zorrilla Sanclemente, María Elena García, Lucy Escobar de Concha y Hernando Concha, Moisés Sandoval Baena, Armando León Jiménez y Diana Carolina López, José Antonio Sánchez, Olga Marmolejo de López, Gloria Alicia Quijano, Nidia Elena Valencia, Jaime Montoya Pulido, Carlos Roberto Ramírez Montoya y Fanny Dávila de Ramírez, Luis Hernando García Vergara y Luz Gertrudis Toro de García, Ana Cristina Vélez Jaramillo, Luis Miguel Madriñán Guerrero, Consuelo Guerrero de Madriñán y Claudia Susana Vivas Herrera, Nicolás Vargas Torres y Leonor Roza de Vargas, Juan Carlos Fernández Duque y Martha Alejandra Puentes, Hernando Orozco Grisales y Amparo Sánchez Zapata.

NOVENO.- Declarar asimismo que la Sociedad Promotora Plaza de Cayzedo Ltda. Proplaza Ltda. incumplió los contratos de Promesa de Cesión de Beneficios y de Cesión de beneficios suscritos con los convocantes Luz María Zamorano de Castilla, en su propio nombre, y además en representación de Luz María Zamorano y Cía S. en C., José Ricardo Arango Mutis, Ingrid María Wolff y Guillermo Ramírez, Mercedes Tello de López, Noraida Franco Puente, Darío Martínez Chavez, Gloria Dotly Arévalo de Sandoval, Héctor Danilo Padilla y Bárbara Díez de Padilla, Enrique Sanclemente, Liliana Mejía Hurtado y Alvaro Federico Shneider, María Leonor Velasquez Rasch, Diego Miguel Rodríguez González, Pedro Vicente Gamboa, Alfonso Zorrilla Sanclemente, María Elena García, Lucy Escobar de Concha y Hernando Concha, Moisés Sandoval Baena, Armando León Jiménez y Diana Carolina López, José Antonio Sánchez, Olga Marmolejo de López, , Gloria Alicia Quijano, Nidia Elena Valencia, Jaime Montoya Pulido, Carlos Roberto Ramírez Montoya y Fanny Dávila de Ramírez, Luis Hernando García Vergara y Luz Gertrudis Toro de García, Ana Cristina Vélez Jaramillo, Luis Miguel Madriñán Guerrero, Consuelo Guerrero de Madriñán y

Claudia Susana Vivas Herrera, Nicolás Vargas Torres y Leonor Rozo de Vargas, Juan Carlos Fernández Duque y Martha Alejandra Puentes, Hernando Orozco Grisales y Amparo Sánchez Zapata.

DÉCIMO.- Como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones consignadas en los numerales anteriores, condénase a las sociedades Alianza Fiduciaria S.A. y Promotora Plaza de Cayzedo Ltda. Proplaza Ltda., a pagar, por partes iguales, en favor de cada uno de los convocantes ya mencionados en los numerales quinto y sexto anteriores, es decir en un 50%, a cargo de cada una de ellas, de la siguiente manera:

Casa No.	Convocante	Aporte	Aporte indexado a enero 31 de 2005
301	Alvaro Federico Sheneider y Liliana Mejía Hurtado	67.058.585.00	203.642.274.65
171	Amparo Sánchez Zapata y Hernando Orozco Grisales	37.647.823.00	114.328.214.82
61	Diego Miguel Rodríguez	37.474.415.00	113.801.612.60
481	Esperanza Cortazar Centeno	28.551.378.00	86.704.298.34
331	José Antonio Sánchez	30.450.295.00	92.470.894.48
81	José Ricardo Arango	37.474.415.00	113.801.612.60
112	José Ricardo Arango	29.938.906.00	90.917.917.79
33	José Ricardo Arango	29.938.906.00	90.917.917.79
10 A	Luz María Zamorano & Cía S. en C.	39.474.415.00	119.875.175.73
8 D	Luz María Zamorano de Castilla	29.938.906.00	90.917.917.79
9 D	Luz María Zamorano de Castilla	29.938.906.00	90.917.917.79
471	María Leonor Velásquez Rash	30.385.761.00	92.274.918.82
31	María Elena García	68.359.997.00	207.594.378.61
41	Mercedez Tello de López	39.474.421.00	119.875.193.95
211	Noraida Franco P.	37.622.688.00	114.251.885.31
10 C	Alfonso Zorrilla Sanclemente	26.172.835.00	79.481.182.81
132	Luis Miguel Madriñan Guerrero, Consuelo Guerrero de Madriñan y Claudia Susana Vivas Herrera	29.938.904.00	90.917.911.72
Casa No.	Convocante	Aporte	Aporte indexado a enero 31 de 2005
88	Darío Martínez Chavez	21.123.871.00	64.148.582.02
52	Diana Carolina López y Armando León Jiménez	29.063.778.00	88.260.345.21

144	Máximo Morales Torres	33.261.179.00	101.006.935.19
155	Máximo Morales Torres	33.277.936.00	101.057.822.54
13 C	Enrique Sanclemente M.	72.651.475.00	220.626.659.89
14	Carlos Roberto Ramírez y Fanny Dávila de Ramírez	29.938.906.00	90.917.917.79
22	Gloria Alicia Quijano	29.533.490.00	89.686.757.96
153	Gloria Dotly Arévalo de Sandoval	31.938.912.00	96.991.499.14
102	Ingrid María Wolff y Guillermo Ramírez T.	41.806.469.00	126.957.114.32
62	Héctor Danilo Padilla Valle y Barbara Diez de Padilla	29.525.800.00	89.663.405.11
73	Hernando Concha y Lucy Escobar de Concha	29.935.259.00	90.906.842.65
124	Jaime Montoya Pulido	29.938.906.00	90.917.917.79
311	Jaime Umaña	37.474.415.00	113.801.612.60
83	Janeth Ramírez Serrate	29.938.906.00	90.917.917.79
27	Juan Carlos Fernández Duque y Martha Alejandra Puentes	28.621.563.00	86.917.434.86
104	Luis Hernando García Vergara y Luz Gertrudiz Toro de García	29.938.906.00	90.917.917.79
25	María Elena Zambrano C.	25.121.809.00	76.289.446.43
54	Moises Sandoval Baena	29.938.908.00	90.917.923.87
93	Nicolás Vargas Torrez y Leonor Roza de Vargas	68.183.250.00	207.057.636.58
11 F	Ana Cristina Vélez Jaramillo	19.904.796.00	60.446.517.53
37	Nidia Elena Valencia Ruiz	17.857.553.00	54.229.487.73
57	Olga Marmolejo de López	16.665.772.00	50.610.309.16
361	Pedro Vicente Gamboa	37.566.889.00	114.082.435.94
24	Blanca Margarita Serrate	29.938.906.00	90.917.917.79

PARAGRAFO.- Las sociedades Alianza Fiduciaria S.A. y Promotora Plaza de Cayzedo Ltda. Proplaza Ltda. pagarán, por partes iguales, a cada una de las personas mencionadas en el cuadro inmediatamente anterior de este mismo numeral, y en las proporciones allí mencionadas, las cantidades de dinero enunciadas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

UNDECIMO.- Condénanse a la sociedades Alianza Fiduciaria S.A. y Promotora Plaza de Cayzedo Ltda. Proplaza Ltda., a pagar, por partes iguales, es decir, en

un 50% cada una, a favor del abogado Roberto Cruz Caicedo, en su calidad de curador ad litem de Proplaza Ltda., la cantidad de diez millones de pesos Mcte. (\$10.000.000.00), por concepto de honorarios. Este pago deberán efectuarlo las sociedades antes condenadas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

PARÁGRAFO.- A los honorarios a que se refiere este numeral deberá deducírsele la cantidad que el curador ad-litem no justifique de lo por él recibido, por concepto de gastos de curaduría, de acuerdo con la ley.

DUODECIMO.- Decláranse no probadas las excepciones de mérito propuestas en el escrito de contestación a la demanda principal reformada e integrada por el apoderado de los convocantes, por la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., con base en los argumentos expuestos en la parte motiva del presente laudo.

DECIMO TERCERO.- Por haber prosperado parcialmente la pretensión primera subsidiaria de la demanda principal, no es del caso pronunciarse el Tribunal sobre las segundas pretensiones subsidiarias de declaración de resolución de contratos por mutuo disenso tácito de los contratos celebrados por los convocantes con las sociedades Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda.

DECIMO CUARTO.- Por sustracción de materia, no pronunciarse el Tribunal sobre las pretensiones denominadas principales con relación con la acción ordinaria de indexación de perjuicios a que aluden los literales a) numerales 1) y 2) y b) numerales 1) y 2) del numero IV de la demanda principal, reformada e integrada por el apoderado de los convocantes, por haber prosperado parcialmente la primera pretensión subsidiaria de declaración de resolución de los contratos que en dichas primeras pretensiones subsidiarias menciona la aludida demanda.

DECIMO QUINTO.- Por sustracción de materia, no es del caso pronunciarse sobre las excepciones de mérito propuestas por Proplaza Ltda. con relación a la pretensión principal en el escrito de contestación a la demanda inicial, reformada e integrada por el apoderado de los convocantes.

DECIMO SEXTO.- Niegase las peticiones o súplicas solicitadas en la demanda de reconvencción por el apoderado de Alianza Fiduciaria S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DECIMO SEPTIMO.- Condenase en costas a la sociedad Alianza Fiduciaria S.A. como consecuencia de la no prosperidad de la demanda de reconvención, a favor de la parte convocante, por valor total de cinco millones de pesos Mcte.. (\$5.000.000.00).

PARAGRAFO.- La cantidad de dinero enunciada, deberá ser cancelada a los convocantes dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

DECIMO OCTAVO.- Absolver a las sociedades llamadas en garantía Aseguradora Colseguros S.A. y Seguros Colpatria S.A. de los cargos formulados en el escrito de llamamiento en garantía presentado por Alianza Fiduciaria S.A.

DECIMO NOVENO.- Como consecuencia de la anterior absolución a las mencionadas llamadas en garantía, este Tribunal declara infundadas las excepciones de mérito presentadas por las aseguradoras antes mencionadas con relación al llamamiento formulado por Alianza Fiduciaria S.A.

VIGESIMO.- Por lo anterior, se condena en costas a Alianza Fiduciaria S.A. y a favor de Aseguradora Colseguros S.A. y Seguros Colpatria S.A. al pago de la suma total de cinco millones de pesos (\$5.000.000.00).

PARAGRAFO.- La cantidad de dinero enunciada, deberá ser pagada por Alianza Fiduciaria S.A. a las nombradas aseguradoras dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

VIGESIMO PRIMERO.- Como consecuencia de la anterior absolución a las mencionadas llamadas en garantía, este Tribunal declara infundadas las excepciones de mérito propuestas por las mismas con relación a la demanda inicial, reformada e integrada por el apoderado de los convocantes.

VIGESIMO SEGUNDO.- Por Secretaría, expídanse copias del presente laudo con destino a las partes, al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. En la copia de la parte convocante se hará constar la ejecutoria del laudo y el mérito ejecutivo que presta dicha copia.

VIGESIMO TERCERO.- Ordénase la protocolización del expediente en una de las Notarías de la ciudad.

El presente laudo se notifica en audiencia hoy veintiuno (21) del mes de febrero de dos mil cinco (2005).

Los árbitros,

JUAN PABLO ALVAREZ VELASQUEZ

Presidente

DIEGO SALDARRIAGA BARRAGAN

JORGE RESTREPO POTES

El secretario,

SIMÓN PAYÁN MORENO