

CENTRO DE CONCILIACION Y ARBITRAJE

CAMARA DE COMERCIO DE CALI

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CONVOCANTE: **OTH & COMPAÑÍA LIMITADA**

CONVOCADA: **FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES"**

LAUDO ARBITRAL

Cali, junio primero (1º) del año dos mil cuatro (2004)

Procede el Tribunal de Arbitramento integrado por los árbitros doctores Fernando Lozano Ángel, Eduardo Borrero Rengifo y Simón Payán Moreno, nombrados por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, a proferir el laudo que en derecho corresponde, para dirimir la controversia suscitada entre la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA y FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES", luego de verificar la existencia de los presupuestos procesales (competencia, demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad procesal) y sin que se observe causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

CAPÍTULO PRIMERO

I. ANTECEDENTES

1.1 Hechos de la demanda

Los hechos relevantes que dieron lugar al presente litigio, según lo narrado en la solicitud de convocatoria y demanda del Tribunal fueron, en síntesis, los siguientes:

Que el 5 de octubre de 1999 entre la Sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA, actuando como Fideicomitente y la FIDUCIARIA FES S.A. – "FIDUFES" como entidad financiera se celebró, mediante documento privado, un "contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago", con el fin de obtener capital de trabajo para el desarrollo del objeto social de la sociedad fiduciante.

Que en desarrollo de las operaciones contenidas en él, la sociedad convocante otorgó créditos al patrimonio autónomo con el fin de financiar la adquisición de materias primas por parte de la fiduciaria, representados en dos partidas que figuran en los balances semestrales presentados por la fiduciaria (1.-Cincuenta millones de pesos (\$50'000.000.00) MC., entregados en febrero 26/01, con vencimiento julio 26/01 y 2-. Cuarenta y un millones de pesos (\$41'000.000.00) MC., entregados en abril 23/01, con vencimiento agosto 23/01)

Que la FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” como administradora del Fideicomiso FA-097 - Inversiones Químicas le ha negado el pago de las obligaciones (capital e intereses), aduciendo carencia de fondos del patrimonio autónomo, por haber sido desfalcada por Inversiones Químicas Limitada al cobrar ésta las facturas cambiarias de compraventa aceptadas a favor del fideicomiso, mediante el endoso fraudulento y posterior consignación de cheques correspondientes a las ventas de los productos terminados, desconociéndose el monto del faltante.

Que la FIDUCIARIA FES S.A. - FIDUFES es la responsable frente a la convocante por la ocurrencia de dichos actos realizados por Inversiones Químicas Limitada, debido a la negligencia con la que administró el fideicomiso incumpliendo, así, tanto el contrato de fiducia mercantil irrevocable que originó el patrimonio autónomo como el contrato de maquila y comercialización, violando la cláusula tercera en lo que se refiere a la utilización de los recursos económicos cuyo fin era la cancelación de las obligaciones adquiridas por el fideicomitente y/o fideicomiso.

Tampoco adquirió, por cuenta y riesgo del patrimonio, la materia prima e insumos para ser entregada a la sociedad fideicomitente para su transformación, permitiendo que estas operaciones fueran realizadas por Inversiones Químicas Limitada, incumpliendo de esta manera las instrucciones impartidas por el fideicomitente en los numerales 2 y 4, descuidando la calidad, cantidad y precios de los productos comprados.

No ejerció los debidos controles sobre los inventarios en el proceso de fabricación de los productos en las instalaciones de la sociedad Inversiones Químicas Limitada y como consecuencia de esta falta de control, todo quedó en manos del fabricante.

La Fiduciaria no invirtió los recursos provenientes de los créditos otorgados por los beneficiarios en el Fondo Común Ordinario, mientras se destinaba al proceso de transformación, privando al patrimonio autónomo de capitalización y rendimientos de los dineros (cláusula 5, numeral 2), omitiendo no solo llevar en forma legal la contabilidad del patrimonio autónomo sino señalar a los verdaderos beneficiarios y desconociendo la realidad de las transacciones efectuadas por el fideicomitente en su calidad de fabricante.

Tampoco dio aplicación a las cláusulas primera, numeral 4 y séptima, numeral 8 del contrato en comento, que la obligaba a expedir los respectivos certificados de beneficio a los inversionistas, privándolos de todos los derechos inherentes a su calidad de beneficiarios. Al no llevar a cabo lo expuesto incumple también la cláusula décima que la obliga, en su calidad de administradora, a conformar la denominada Junta de fideicomiso, omitiéndose de esta forma proyecciones, presupuestos de gastos, políticas de cartera para el recaudo de las ventas de los bienes fideicomitidos, auditoría, resolución de conflictos, es decir, perdió el total control, lo que unido a negligencia y desorden administrativo de la fiduciaria permitió que toda esas operaciones comerciales quedaran en manos del fideicomitente. Al no existir este ente fiscalizador, la fiduciaria como administradora del patrimonio autónomo tampoco rindió informes mensuales, ni presentó a los beneficiarios la factura de que trata la cláusula sexta del contrato de maquila, con sus correspondientes soportes los que ignoraron en todo momento el desarrollo de los citados contratos de fiducia y se enteraron del desfaldo solo diez meses después de su ocurrencia.

Permitió que la sociedad Inversiones Químicas Limitada cobrara las facturas cambiarias a favor del patrimonio autónomo, facilitando el sello para que adelantara este acto reiterándose que, de haber existido un verdadero control, el patrimonio autónomo no hubiera sido desfaldado por la citada sociedad y que esta conducta delincencial de los administradores de la sociedad Inversiones Químicas Limitada fuera detectada diez meses después por la FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES (violando el numeral 3 de la cláusula séptima en donde se obligaba a ejercer la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, de los acreedores beneficiarios y aún del mismo fideicomitente).

La fiduciaria incumplió también la cláusula décima tercera del contrato de fiducia al no notificar a los beneficiarios de las circunstancias anteriores dentro de los diez días siguientes de haberse verificado tal circunstancia. Eludió la terminación del contrato de maquila y solicitar la restitución de los bienes que hacen parte del fideicomiso (materia prima, productos en proceso, terminado, subproducto, desperdicios, facturas cambiarias de compraventa no cobradas, el producto del recaudo y los dineros depositados en el Fondo Común Ordinario a nombre del fideicomiso) exigencia ésta contemplada en la cláusula en comento.

Por último es enfática en afirmar que la FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” en su calidad de administradora fiduciaria (Art. 1243 del C. de Co.) debe responder a la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA por el daño a ella causado que no es otro que la devolución del capital prestado

al patrimonio autónomo FA-097 – INVERSIONES QUÍMICAS, más los intereses moratorios del mismo, de conformidad con los vencimientos de cada una de las obligaciones señaladas.

1.2 La contestación de los hechos

En tiempo oportuno la sociedad demandada se opuso a los hechos y súplicas de la demanda cuyo resumen se ha hecho en la letra A de este capítulo, y al respecto se pronunció, en síntesis de la siguiente manera:

Hace énfasis en que al celebrar el prenombrado contrato el patrimonio autónomo adquirió personería jurídica y sus bienes debían mantenerse separados del activo de la fiduciaria para todos los efectos legales (artículo 1.233 del C. de Co.) quedando estos comprometidos a la finalidad del contrato. Los activos de la fiduciaria no”.

Hace dos acotaciones. a) Que la obligación de la fiduciaria era administrar exclusivamente el patrimonio y b) por consiguiente ésta no adquirió obligaciones personales por cuenta de sus propios activos patrimoniales, recalcando en uno de sus apartes que su finalidad es clara cuando indica que son los frutos provenientes de la venta de los productos terminados los que quedaron afectos a la cancelación de las obligaciones adquiridas por el fideicomitente y/o el fideicomiso”.

Que las instrucciones respecto del negocio entre el fideicomitente y la sociedad OTH y Cía. Ltda., del que no participó la fiduciaria, eran contabilizar los ingresos de los correspondientes recursos.

Destaca en uno de sus apartes: “...merece consideración especial el inciso segundo de la cláusula tercera para puntualizar que la obligación allí señalada a la fiduciaria de efectuar las compras de la materia prima requerida por cuenta y riesgo del fideicomiso fue objeto de modificación entre las partes del contrato de fiducia”.

Continúa manifestando que tal modificación cambió el objeto del contrato y que éste se efectuó con la aquiescencia de las partes, asumiendo entonces el fideicomiso las labores de compra de materia prima, por ser de su experticia, compromiso éste inicialmente asignado a la fiduciaria, produciéndose entonces una novación ya que radicó en aquel las responsabilidades propias de tal actividad y liberó a la fiduciaria de todo compromiso.

Insiste en que el esquema del negocio, gracias a la novación del contrato de fiducia determinó a cargo del fideicomitente la realización completa del proceso (compra de materia prima, transformación, procesamiento, venta del producto y cobro de las facturas), adquiriendo Inversiones Químicas

Limitada obligaciones de resultado pues se comprometió a producir resultados a favor de los acreedores del fideicomiso y la fiduciaria se obligó esencialmente a administrar con diligencia los bienes y recursos del patrimonio autónomo, limitándose a esto su responsabilidad (obligaciones de medio).

Resalta que si la obligación de las ventas estaba a cargo del fideicomitente, de suyo le correspondía también el recaudo de la cartera y su posterior traslado al patrimonio autónomo, de modo que solo a partir del instante en que estos dineros ingresaban, quedaban a disposición de la fiduciaria para cumplir con los pagos que le fueron instruidos a la celebración del contrato, lo que cabe decir que si, por dificultades de recuperación de cartera por parte del fideicomitente, no se le suministraba a la fiduciaria los instrumentos para hacer tales pagos, éste comportamiento no comprometía su responsabilidad, lo que llevó a que la fiduciaria, en varias oportunidades le expresara al fideicomitente la necesidad de capitalizar el patrimonio autónomo como instrumento para su fortalecimiento financiero, lo cual no fue posible.

Reitera que como entre los deberes a cargo del fideicomitente consagrados en el contrato estaban los de prestarle colaboración a la fiduciaria para el cumplimiento de sus obligaciones, (defensa y protección de los bienes fideicomitidos), le correspondía entonces al constituyente informarle sobre los hechos adversos, es decir dar cuenta cumplida y satisfactoria de los recaudos de cartera, como también le correspondía a éste presentar a la fiduciaria los inventarios mensuales de los bienes del fideicomiso y toda la información con sus debidos soportes para que los beneficiarios pudieran estar también en condiciones de hacer el seguimiento y control al proceso de transformación de los productos químicos, previendo el contrato esta revisión en la instalaciones de Inversiones Químicas, incluso ubicando allí personal propio.

Hace énfasis que uno de los derechos de los beneficiarios era el de participar en la junta del fideicomiso y la posibilidad de solicitar la remoción de la fiduciaria, derechos de los que no hicieron uso por decisión tácita, debiendo atenerse entonces a las consecuencia por el no ejercicio de éstos, ya que declinaron también la realización de la auditoría del fideicomiso a través de ese órgano (aprobación políticas de cartera, ajuste, proyecciones) y por lo tanto si no hizo uso de sus derechos mal puede ahora a través de la demanda cubrir sus omisiones trasladando sus responsabilidades a Fidufés mediante la aventura de una demanda que pretende cambiar el sujeto pasivo del crédito con la argumentación inconsistente de juicios de responsabilidad infundados.

Nunca se contempló que la fiduciaria fuera miembro de la junta del fideicomiso, pues su integración era con un miembro de cada beneficiario

y/o acreedor, por lo que les correspondía a éstos constituirla. No es excusa, entonces, argumentar que la falta de convocatoria a la junta por parte de la fiduciaria inhibía su reunión, pues su constitución se hizo en beneficio de los mismos acreedores.

En uno de sus apartes acepta que la junta del fideicomiso nunca operó, jamás se reunió y por lo tanto no cumplió las funciones que el contrato de fiducia le señaló.

Aclara que la fiduciaria le dio prudente cumplimiento al contrato, pues en reuniones sostenidas con el fideicomitente, a las cuales podían concurrir los beneficiarios, trató en forma amplia el tema de la ausencia de recursos líquidos para el pago de los créditos, adoptando una conducta activa y encaminada a buscar soluciones sin que esto constituyera su obligación.

Hace hincapié que la fiduciaria nunca intervino en las negociaciones entre fideicomitente y OTH & COMPAÑÍA LIMITADA y para estas operaciones financieras daba lugar a que ésta estudiara las capacidades financieras y las solvencia de las fuentes de pago y las instrucciones a la fiduciaria solo era para anotar contablemente el endoso con responsabilidad de facturas de venta de productos procesados en la que figuraban terceros como deudores.

En las mismas instrucciones dadas por el fideicomitente se dejaron sentadas estas premisas, por lo tanto la fiduciaria no tenía injerencia alguna en estas operaciones realizadas en forma directa por el fideicomitente por ser el beneficiario inicial y que la convocante tenía pleno conocimiento de su estado financiero en el tiempo de la primera operación financiera, prorrogándola por falta de capacidad de pago del patrimonio autónomo y concertando con el fideicomitente un nuevo endeudamiento en septiembre 22/00, a pesar de conocer que desde febrero 9/00 se encontraba en el trámite de reestructuración empresarial de la ley 550/99, dando paso con posterioridad a su liquidación obligatoria.

Acepta por lo tanto la existencia de dos operaciones financieras acordadas entre la convocante y el fideicomitente, ingresando al patrimonio autónomo, respecto de los cuales unas veces se efectuaron abonos y en otros se dieron refinanciaciones que implicaron prórrogas para sus pagos, manifestando así mismo que no es cierto que estas operaciones se remonten al 23 de abril y 28 de julio de 2001, sino que se realizaron en diciembre 24/99 (\$87'900.000.00) y septiembre 22/00 (\$34'580.000.00).

Deja por sentado que si el deudor de las facturas pagó al fideicomitente (persona distinta al acreedor) y no al fideicomiso, esta operación no es responsabilidad de la fiduciaria ya que se trata de una operación efectuada antes que los recursos ingresaran al patrimonio autónomo y por lo tanto la

convocante deberá probar que los dineros que califica como producto del supuesto “desfalco” fueron los generadores de la carencia de recursos en el patrimonio autónomo para el pago de las acreencias que demuestre en el proceso basándose en las proporciones del supuesto faltante y de los créditos considerados insolutos, por lo tanto rechaza la responsabilidad que se le atribuye frente a la ocurrencia de los desfalcos realizados por el fideicomitente.

Insiste en que de conformidad con la cláusula tercera, a la fiduciaria le correspondía administrar los recursos que conformaban el patrimonio autónomo con destino a la transformación de una materia prima en producto terminado para aplicar los frutos provenientes de la venta en la cancelación de los créditos y que debe tenerse en cuenta que al momento de la celebración del contrato no existían la totalidad de los recursos que irían a ser invertidos en el proyecto, los que se esperaban a medida en que el fideicomitente los obtuviera al desarrollar la explotación mercantil de su negocio y por lo tanto la fiduciaria estaba llamada a actuar, sólo con base en el producto empresarial arrojado por el fideicomitente, sin que hiciera parte de sus obligaciones la complementación de los recursos que necesitaran para el desarrollo del objeto del contrato,

Al tratar de desvirtuar todos y cada uno de los hechos de la demanda, la FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES” es enfática en manifestar a todo lo largo de su escrito que su función era de medio y no de resultado,

Todo lo anteriormente expresado por la fiduciaria lo aplica para oponerse tanto a los hechos como a las pretensiones al resaltar que quien tiene que responder por todo es el “Patrimonio Autónomo” y para ello se apoya también en comunicación recibida de la convocante, la que en uno de sus apartes dice: *“Por lo anteriormente expuesto, manifiesto expresamente que en caso de presentarse incumplimiento por parte del patrimonio autónomo fideicomiso FA-097, mis acciones judiciales se dirigirán en contra de éste último y no procederé en contra de la SOCIEDAD FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES”.*

Encuentra los ataques de la demanda totalmente desacertados y carentes de fundamento al haberse realizado tal renuncia, solicitando, por lo tanto, se absuelva de los cargos infundados a la sociedad FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES”, condenando a la convocante al denegarle sus pretensiones al pago de las costas procesales y las agencias en derecho.

En iguales condiciones y con similares planteamientos esgrimidos por la Fiduciaria Fes, la apoderada del Fideicomiso FA-097-Inversiones Químicas rechaza tanto los fundamentos como las pretensiones de la convocante para concluir que éstas no cuentan con ningún respaldo de hecho o de derecho respecto de la sociedad FIDUCIARIA FES S.A.- FIDUFES como

administradora y vocera sustancial y procesal del FIDEICOMISO FA-097 – INVERSIONES QUÍMICAS, como se analizó en su contestación y solicita exonerarla de cualquier cargo de responsabilidad civil contractual y en su defecto condenar a la parte convocante a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho a favor de su representada.

CAPÍTULO SEGUNDO

II. TRÁMITE

2.1 Trámite Prearbitral.

El 16 de julio del año 2003, siendo las 9:00 a.m. comparecieron tanto los árbitros asignados por el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, doctores Fernando Lozano Ángel, Eduardo Borrero Rengifo y Simón Payán Moreno; los apoderados de las partes doctores Juan Ramón Barberena Hidalgo, identificado con la cédula de ciudadanía 10'525.913, expedida en Popayán y portador de la Tarjeta Profesional 14.445 del Consejo Superior de la Judicatura, en su carácter de apoderado especial de la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, y Jorge Enrique Crespo Botero, identificado con la cédula de ciudadanía 12'967.239 de Pasto, portador de la Tarjeta Profesional No. 33.666 del Consejo Superior de la Judicatura, en representación de FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES.

En esa audiencia de instalación se nombró Presidente del Tribunal de Arbitramento al doctor Fernando Lozano Ángel, se designó Secretaria a la doctora Patricia Riascos Lemus, se fijó como sede del Tribunal y secretaría del mismo el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. Se declaró legalmente instalado el Tribunal y se fijaron además las sumas de honorarios de árbitros y de secretaria, así como las sumas de gastos de administración y funcionamiento del Tribunal, las que fueron oportunamente consignadas por las partes en litigio dentro del termino legal.

2.2 Trámite Arbitral.

Los días 18 y 30 de julio de 2003, 25 de agosto y 29 de septiembre del mismo año (actas Nos. 2, 3, 4 y 5 del cuaderno de actas No. 3) se llevó a cabo la primera audiencia de trámite. Durante el desarrollo de esta audiencia, el Tribunal de Arbitramento aceptó su plena competencia para conocer y decidir en derecho las pretensiones formuladas por la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA y la oposición realizada por la sociedad FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES". En la última sesión de esta primera audiencia se determinó igualmente la duración del trámite del proceso arbitral en seis (6), contados a partir de su finalización.

En esta misma audiencia el Tribunal de Arbitramento con las facultades que le otorga el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil y con miras a tomar una decisión de fondo conforme a derecho, procedió a integrar el litisconsorcio necesario, para lo cual citó a la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, por conducto de la Liquidadora Elizabeth Melo Cardona y a FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES", con el carácter de vocero procesal y sustancial del FIDEICOMISO FA-097 - INVERSIONES QUÍMICAS, concediéndoles el

Tribunal el término legal de diez (10) días hábiles para su oportuna comparecencia al proceso, a tenor del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los artículos 1602 del Código Civil y 822 del Código del Comercio (acta No. 4, folio 020).

Igualmente en esta primera audiencia de trámite el Tribunal decretó las pruebas pedidas por las partes y se fijó el día 3 de octubre del año 2003 para iniciar la recepción de los testimonios solicitados por la parte convocante y la parte convocada.

Notificadas la sociedades Inversiones Química Limitada en Liquidación Obligatoria y el Fideicomiso FA 097 - Inversiones Químicas del auto No. 6 de fecha 25 de agosto de 2003 (acta No. 4, folio 020 del cuaderno No. 3) dio contestación a la demanda únicamente el Fideicomiso FA-097 - Inversiones Químicas, tal como consta en los folios 001 a 028 del cuaderno No. 2-1, por conducto de la apoderada especial. La sociedad Inversiones Química Limitada en Liquidación Obligatoria guardó silencio al respecto, no obstante haber sido notificada en tiempo oportuno.

CAPÍTULO TERCERO

III. CLASE DE PROCESO

El presente proceso arbitral es de mayor cuantía si se tiene en cuenta que la pretensiones de la convocante al momento de presentación de la demanda, superan la cantidad de \$183'572.960.00, es decir, asciende a más de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales, a la luz del artículo 123 del decreto 1818 de 1998.

CAPÍTULO CUARTO

IV. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

Abierto el acto el 29 de septiembre del año 2003 se llevó a cabo la audiencia de conciliación (folio 024 del acta No. 5, cuaderno No. 3 de actas), durante la cual el acto conciliatorio resultó fallido. Consta además en dicha acta que no se hicieron presentes las partes convocante y

convocada. Concurrió únicamente la liquidadora de la sociedad Inversiones Químicas Limitada (acta No. 5 del 29 de septiembre de 2003). El Tribunal explicó a los concurrentes los motivos y finalidades de la reunión. Excepción hecha por la liquidadora de Inversiones Químicas Limitada, la falta de comparecencia de las otras partes interesadas en el proceso no permitió al Tribunal escuchar a éstas ni tampoco plantear fórmulas de arreglo conciliatorio, por todo lo cual concluyó la audiencia declarando el Tribunal fracasado el intento que hubiera podido conducir a un acuerdo positivo o negativo.

CAPÍTULO QUINTO

V. ETAPA PROBATORIA

5.1 Las pruebas solicitadas y decretadas por el Tribunal

En desarrollo de las pruebas decretadas a petición tanto de la parte convocante como de la convocada y las de oficio que el Tribunal consideró pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, se practicaron las siguientes:

5.2 Por la parte convocante

La sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA solicitó como medio probatorio

5.2.1 Documental:

5.2.1.1 Tener como prueba los documentos por ella aportados y que dan cuenta tanto del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago como del de Maquila.

5.2.1.2 Igualmente copia del acta de la diligencia de conciliación celebrada entre las sociedades convocante y convocada en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, el día 29 de agosto del año 2002.

5.2.1.3 Certificación expedida por la superintendencia bancaria, sobre tasas de interés bancario vigente a la fecha de presentación de la convocatoria.

5.2.1.4 Ordenar a FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” allegar al tribunal copias de los balances generales del FIDEICOMISO FA-097 – INVERSIONES QUÍMICAS correspondientes a los años 1999, 2000, 2001, 2002, y lo corrido del año 2003 (fecha de presentación del presente asunto)

5.2.2 Declaración de parte:

Citar al despacho del Tribunal al Doctor Gabriel Suárez López Presidente de la FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES”, a fin de absolver interrogatorio que le sería formulado por el apoderado de la convocante en la audiencia respectiva.

5.2.3 Exhibición de documentos

Ordenar a la FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” exhibir ante el Tribunal la totalidad de los libros y papeles de comercio del FIDEICOMISO FA –097 – INVERSIONES QUÍMICAS, en poder de la fiduciaria en su calidad de administradora.

5.3 Por la parte convocada:

5.3.1 Documental:

La parte FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES” a su vez solicitó tener como pruebas 107 documentos (4.1.1 al 4.1.107) que hacen referencia a correspondencia e informes varios; 9 relaciones de operaciones financieras (4.1.108 al 4.1.116); 20 actas del fideicomiso (4.1.117 al 4.1.136.)

5.3.2 Testimonial:

Citar a los doctores: Diego Alfonso Caballero L., Carlos Alberto Gutiérrez Llanos, Rodolfo Monedero Lozano, Martha Arana, Fabián Bulla y Héctor Arana, quienes declararían sobre los hechos expuestos en la contestación de la demanda y en particular sobre el cumplimiento de los deberes a cargo de la fiduciaria.

Igualmente a los señores Alirio Sepúlveda Cardona, Leonardo Afanador y Tulio Echeverri Ruíz quienes depondrán sobre los hechos de la demanda.

5.4 Del Fideicomiso 097 - Inversiones Químicas

5.4.1 Documental

Tener como prueba los documentos enumerados y aportados por la parte convocada (Fidufés) en su escrito de contestación de la demanda y relacionadas en el acápite de pruebas con los numerales 4.1.1 al 4.1.107 que hacen referencia a correspondencia e informes varios; 9 relaciones de operaciones financieras (4.1.108 al 4.1.116); 20 actas del fideicomiso (4.1.117 al 4.1.136.), así como el certificado expedido por el departamento de contabilidad de la FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES” sobre el comportamiento de las ventas del fideicomiso y su respectivo anexo.

5.5. De oficio:

El Tribunal consideró pertinente decretar la práctica de las siguientes pruebas:

5.5.1 Documental

Solicitar a la FIDUCIARIA FES S.A. - "FIDUFES" aportar al expediente el manual operativo del Fideicomiso, elaborado y aceptado por las partes el cual hace parte integral del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago celebrado entre Inversiones Químicas Limitada y la sociedad Fiduciaria Fidufés S.A.- "FIDUFES", del que hace mención su cláusula vigésima tercera, numeral segundo.

5.5.2 Exhibición de documentos, inspección judicial y peritación

Ordenar a la FIDUCIARIA FES S.A. - "FIDUFES", como vocera y administradora del Fideicomiso FA-097 - Inversiones Químicas, la exhibición parcial, con inspección judicial, a fin de que se examinen los libros, papeles de comercio y los documentos de correspondencia recibidos y despachados, a partir de enero de 2001 hasta la fecha de práctica de la prueba, correspondientes al fideicomiso en mención, los cuales se encuentran en poder de la FIDUCIARIA FES S.A. - "FIDUFES" y que se relacionan con la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, con participación de un perito contador para que en el experticio dictamine si han sido llevados en forma legal los libros y papeles de comercio exhibidos por el Fideicomiso F-097 Inversiones Químicas, relacionadas con las operaciones mercantiles efectuadas por la Sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA.

5.5.3 Designar para lo anterior al perito contador señor Carlos Alberto Narváez Hernández.

CAPÍTULO SEXTO

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En desarrollo de lo dispuesto en auto No. 19 del veinticinco (25) de noviembre de dos mil tres (2003), según consta en el acta No. 14 de la misma fecha, el Tribunal fijó la fecha del día once (11) de diciembre del mismo año para realizar la audiencia de alegaciones (acta No. 15), En dicha audiencia el Tribunal escuchó dentro del término fijado por la ley las argumentaciones de las partes convocante y convocadas y recibió asimismo de cada una de éstas los escritos que resumen los alegatos de conclusión, los cuales se incorporaron al expediente.

CAPÍTULO SÉPTIMO

VII. 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 debe 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 jurídica 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 este 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 Municipales de Cali – Emcali, página 43).

Como puede observarse, los presupuestos procesales 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, 78, 82, 83, 85).

En el caso, materia de estudio considera el Tribunal satisfechos estos presupuestos procesales, a la luz de las enseñanzas de la doctrina y jurisprudencia nacionales

CAPÍTULO OCTAVO

VIII. EL ASUNTO SOMETIDO A DECISIÓN

Se aprecia entonces que el asunto sometido a decisión ante este Tribunal es establecer la responsabilidad legal que tenga o pueda tener la FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES”, como administradora del FIDEICOMISO F-097 - INVERSIONES QUÍMICAS (patrimonio autónomo), en lo que respecta a uno de sus inversionistas, acreedor y/o beneficiario: la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA.

CAPÍTULO NOVENO

IX. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Rituadas las etapas o fases de este proceso arbitral en la forma sintética ya indicada procede el Tribunal ha proferir laudo de mérito, satisfechos los presupuestos procesales y no observándose además causal alguna de nulidad que invalide la actuación.

9.1 Competencia del Tribunal y cláusula compromisoria

9.1.1 Es deber sustancial de todo Tribunal de Arbitramento examinar inicialmente su propia competencia con fundamento en la cláusula compromisoria, o en el contrato de compromiso. En el presente caso corresponde evaluar al Tribunal el derecho que le asiste a la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA para intervenir en este proceso como parte convocante.

9.1.2 En este orden de ideas, es claro que las partes contratantes son: INVERSIONES QUÍMICAS LTDA. y FIDUCIARIA FES S.A. - FIDUFES, vale decir, las que perfeccionaron el negocio jurídico de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago. El examen atento de este negocio jurídico permite ver claramente que una de las finalidades de éste, era la obtención de recursos provenientes de inversiones que realizaran personas naturales y/o jurídicas que alimentaren el flujo de caja del patrimonio autónomo, para transformación de la materia prima, en productos terminados, lo que permitiría a estas personas o entidades la oportunidad de conformar un lugar especial como acreedores y, a su vez,

beneficiarios adscritos, así fuere indirectamente, con uno de los sujetos cuyo consentimiento o voluntad determinó el nacimiento a la vida jurídica del contrato ya mencionado.

9.1.3 No obstante no haber intervenido la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, en la gestación del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, es innegable su legitimación para intervenir como convocante en este proceso arbitral, si se tiene en cuenta, en primer lugar la cláusula sexta, inciso primero que a la letra dice:

“BENEFICIARIOS-. Tendrán calidad de beneficiarios del presente contrato, las personas naturales o jurídicas, que otorguen créditos o vendan materia prima al FIDEICOMITENTE y/o al fideicomiso....”, y en segundo término, la certificación de fecha 25 de julio de 2.003, expedida por FIDUFES S.A., la cual obra al folio 141 del cuaderno No.1 del expediente, en la que se hace constar, que de acuerdo con los registros y soportes contables del patrimonio autónomo FA-097 INVERSIONES QUIMICAS, ingresó la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA a través de la sociedad P & G Asociados Ltda., como inversionista de capital al patrimonio autónomo en mención.

Por tal motivo OTH & COMPAÑÍA LIMITADA al ser inversionista de capital, es acreedora y como tal sustenta el título de beneficiaria así el certificado de beneficiaria nunca hubiera sido expedido por la FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES”.

Por otra parte, y como bien puede observarse en la documentación allegada al plenario, la vinculación de la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA no fue en ningún momento motivo de inconformidad por la parte convocada, ni por la fideicomitente INVERSIONES QUIMICAS LTDA., oficiosamente citada por el Tribunal a este proceso.

9.1.4 Por el contrario, las contestaciones presentadas en este proceso arbitral demuestran que efectivamente OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, es una de las sociedades acreedoras y/o beneficiarias del patrimonio autónomo creado para canalizar los dineros que se le inyectaran al patrimonio autónomo Fideicomiso FA-097 - Inversiones Químicas Limitada, hecho éste que jurídicamente analizado la vincula indefectiblemente como parte integrante del mismo y, por ende, es indiscutible su legitimación en la causa activa, ya que sus actuaciones procesales ratifican su interés en promover la presente pretensión de responsabilidad civil contractual, con indemnización de perjuicios.

9.1.5 Visto así el panorama de la legitimación en la causa de la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, examina a continuación el Tribunal lo tocante a la competencia del mismo, a la luz de la cláusula compromisoria estipulada por INVERSIONES QUIMICAS LTDA y FIDUCIARIA FES S.A.

“FIDUFES” en el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago contenido en el documento privado de fecha 5 de octubre de 1999 (folios 0006 al 0012 del cuaderno principal No.1). La cláusula compromisoria se distingue como vigésima, y es del siguiente tenor: *“Cualquier diferencia que surja entre las partes relacionada con el presente contrato no conciliada directamente entre las partes, se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento constituido por tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Cali y se regirá por lo dispuesto en las normas vigentes. El Tribunal fallará en derecho”*.

9.1.6 Si se detiene con alguna atención en el texto de la estipulación distinguida como cláusula compromisoria se advertirá que, en principio, no comprende a la sociedad convocante, por la sola circunstancia de no haber sido ésta la suscriptora del pacto arbitral. Sin embargo, si se tiene en cuenta que en el acto de perfeccionamiento del negocio jurídico de fiducia mercantil no concurren, por regla general, los acreedores o beneficiarios del fideicomiso como patrimonio autónomo e independiente de la fiduciaria, pues su vinculación resulta posterior al acto de constitución de dicho contrato, es forzoso concluir que tanto los acreedores o beneficiarios del fideicomiso están legitimados para impetrar las acciones judiciales pertinentes en todos aquellos casos en que su patrimonio sufra deterioro, menoscabo o pérdida, vale decir, que la ley sustancial sí los legitima en la causa para el ejercicio de aquellas.

9.1.7 En el caso de autos el Tribunal oficiosamente citó a la fideicomitente Inversiones Químicas Limitada y al Fideicomiso FA-097 - Inversiones Químicas, con el fin de referirse en el laudo arbitral a lo que fuere pertinente, con relación a la sociedad primeramente mencionada y al patrimonio autónomo formado por el fideicomiso citado. En cuanto a Inversiones Químicas Limitada observa el Tribunal que ésta perfeccionó el contrato de fiducia mercantil con FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES”, es decir, fue parte sustancial de dicho negocio jurídico, por lo cual, la relación material allí contenida es regente del vínculo jurídico procesal, y cuyo consentimiento fue necesario para generar el nacimiento del negocio jurídico que ahora es materia de estudio en el presente laudo, aspecto que determinó su citación forzosa al proceso por el Tribunal.

9.1.8 Por la circunstancia antes anotada el Tribunal dio aplicación al artículo 83 del C.P.C., el cual preceptúa que *“cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas (naturales y/o jurídicas) que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todos...”*

El precepto anteriormente citado es pues el reflejo de una relación plural, única e indivisible procesalmente, la cual exige necesariamente la

presencia de todos los sujetos que concurrieron con su voluntad o consentimiento a la formación de negocio jurídico, objeto de estudio. Faltando uno de éstos la relación jurídica procesal quedaría incompleta. Por esta circunstancia ha anotado la doctrina que este criterio es universal, ya que hay imposibilidad de escindir, de romper la relación material, para resolver separadamente las pretensiones de cada uno de los litis consortes necesarios. Esto significa que el litis consorcio puede ser determinado: *“por la naturaleza de la relación material; es una imposición de la relación material, con vigencia en la relación procesal, no para la existencia del proceso, sino para que se pueda, como en el caso de Colombia dictar sentencia de mérito o de fondo, y por qué no, como sostiene la legislación argentina, “sentencia útil” (cfr. Jairo Parra Quijano, “Los Terceros en el Proceso Civil”, Sexta Edición, Ediciones Librería El Profesional, 2001, páginas 41, 42 a 50).*

En este orden de ideas, bien puede concluirse, como anota Parra Quijano, que el artículo 83 del C.P.C. es en parte una norma en blanco, con el único fin que la relación material sea la que llene el contenido de la norma y ejerza regencia sobre la composición de la relación procesal, hasta el punto de poderse decir, que la norma en blanco procesal es para permitir la tiranía absoluta de la relación material.

De todo lo anteriormente discurrido concluye el Tribunal que la legitimación pasiva en la causa compete conjuntamente y no separadamente a varias personas, a diferencia del litis consorcio facultativo en el cual la legitimación corresponde a cada parte separadamente, con relación a la contraria.

Para el Tribunal es claro que dentro de esta relación jurídica procesal necesariamente se hallan unidos en forma indivisible no sólo las sociedades convocante y convocada, sino otros entes que hacen parte de esa relación sustancial, cuales son. 1) INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA como fideicomitente y 2) La fiduciaria, FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES. No se incluye al FIDEICOMISO 097- INVERSIONES QUÍMICAS, o al patrimonio autónomo, por cuanto la vocería de éste tanto en lo sustancial como en lo procesal está radicada en cabeza de la fiduciaria (cláusula primera, numeral 3).

En el caso de autos el Tribunal consideró necesario integrar la legitimación en la causa pasiva citando oficiosamente a las personas jurídicas o entes que intervinieron en la formación de la relación material o sustancial consistente en el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago cristalizado mediante documento privado de fecha 5 de octubre de 1999, para lo cual dio aplicación al artículo 83 del C.P.C., partiendo de la base indubitable de ser la relación material que surge de todo negocio jurídico la regente de la relación jurídica procesal. La doctrina

y jurisprudencias nacionales se han ocupado reiteradamente de este tema (cfr. Jairo Parra Quijano, “Los Terceros en el Proceso Civil”, Ediciones Librería del Profesional, Sexta Edición, páginas 26, 40, 41. 42, 43, 47, 48, 49, 50, 54, 55, 56, 61 y 75) .

De todo lo expuesto se deduce con toda nitidez que la razón jurídica fundamental por la cual el Tribunal oficiosamente citó a la sociedad Inversiones Químicas Limitada, parte sustancial del contrato de fiducia mercantil celebrado con Fiduciaria Fes S.A. “FIDUFES”, no fue otra que de integrar el litisconsorcio necesario desde el punto de vista del sujeto pasivo de la relación jurídica procesal. Similar consideración hace el Tribunal en cuanto a la citación forzosa del Fideicomiso FA-097 Inversiones Químicas, la cual obedeció al propósito de despejar cualquier incertidumbre que podría haber surgido por falta de su notificación legal al proceso, no obstante no haber sido demandado, por estar representado por esta ultima, de acuerdo con la ley (artículos 1226, 1227, 1233 del C. de Co.)

9.1.9 Dicho lo anterior, considera el Tribunal que para desatar en derecho la controversia surgida entre las partes convocante y convocada, es menester que este Tribunal analice brevemente los elementos integrantes de esta relación *sui-générís* y compleja como lo es el contrato de “Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago”, fundamento de la demanda, antes de evaluar en conjunto, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el caudal de pruebas que se incorporaron oportunamente al proceso por las partes en controversia (artículo 187 C.P.C.).

9.1.10 Sin embargo, antes de adoptar la respectiva decisión, serán confrontados los elementos intrínsecos del contrato precitado, partiendo de la base de lo que es la fiducia mercantil, previo análisis de los que buscan su desarrollo, cumplimiento, etc., hasta llegar a la conclusión final de la responsabilidad legal de la sociedad convocada, como administradora de un patrimonio autónomo.

9.1.11 Con este propósito, no podía pasar inadvertido para el Tribunal que las dos inversiones o captaciones de dinero más comunes que manejan las fiduciarias, son:

A). Cuando una persona natural y/o jurídica invierte directamente en el fondo común de una entidad fiduciaria para que ésta maneje ese capital y lo reinvierta, con el fin de obtener así dividendos y utilidades pero no existe un patrimonio autónomo, ni fideicomiso aparte de la fiduciaria. Si se llegare a perder la inversión de la persona natural o jurídica, debe responder la fiduciaria directamente con su propio patrimonio.

B). Cuando los dineros de los inversionistas y/o beneficiarios ingresan a una fiduciaria como administradora de un patrimonio autónomo, ésta lo

invierte a su vez en un fondo común ordinario y posteriormente lo traslada al fideicomiso para el desarrollo del objeto del contrato de fiducia mercantil, teniendo en cuenta la instrucciones del fideicomitente. Si se pierde la inversión, en primer lugar, debe responder el patrimonio autónomo a los inversionistas - beneficiarios, pero si se comprueba que el ente fiduciario es responsable u omitió deberes inherentes a su administración, es entonces la fiduciaria la que deberá responder a los inversionistas - beneficiarios con su propio patrimonio hasta por la culpa leve.

Como el Tribunal ha aludido al patrimonio autónomo considera indispensable referirse sintéticamente al alcance y efectos de esta figura jurídica, con el fin de dotar de claridad las diferencias existentes entre la fiduciaria y el fideicomiso propiamente dicho.

9.2 Patrimonio autónomo y delegación

9.2.1 Cuando para la realización del objetivo del contrato de fiducia mercantil los medios son demasiado tecnificados, la fiduciaria puede permitir delegar en el fideicomitente algunas funciones accesorias, por escrito, modificando el contrato en los asuntos que conciernen única y exclusivamente a la competencia del fideicomitente, pero no dejando de ejercer los controles necesarios para que no se desfase el proyecto y llegue a su buen término (controles sobre compra de materiales, insumos, ventas, comercialización etc.).

La fiducia mercantil comprende un negocio jurídico en virtud del cual una persona (natural o jurídica) llamada “fiduciante” o “fideicomitente”, transfiere uno o más bienes a otro llamado “fiduciario”, quien se obliga a administrarlos o a enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado “beneficiario o fideicomisario”. Una persona (natural ó jurídica) puede ser al mismo tiempo FIDUCIANTE y BENEFICIARIO, (artículo 1226 del C. Co.).

Para desarrollar el objetivo perseguido por el fideicomitente, la fiduciaria escogida para tal negocio constituye un patrimonio autónomo separado de su propio patrimonio, formado por aportes del fiduciante y por inversiones de capital o en especie (materia prima) que han efectuado diferentes inversionistas, o proveedores, llamados beneficiarios, que serán llevados por la fiduciaria a un fondo común, para posteriormente trasladarlos al fideicomiso.

Patrimonio autónomo es entonces el conjunto de bienes y derechos conformado para cumplir una finalidad específica. Se encuentra separado del patrimonio del fideicomitente y del patrimonio de la fiduciaria, y su vocería tanto en lo sustancial como en lo procesal está radicada en la cabeza de la Fiduciaria.

Al respecto prescribe el Código de Comercio lo siguiente:

Artículo 1227: *“Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad contraída.”*

Artículo 1233: *“Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que corresponda a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”.*

Debe ahora despejar el Tribunal la situación plasmada por FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES”, al allegar al plenario carta suscrita por la representante de la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, con la cual pretende demostrar que esta sociedad renunció a demandarla en caso de incumplimiento, exonerándola así de toda responsabilidad frente a Fiduciaria Fes S.A. - “FIDUFES”. A este respecto, es menester enfatizar que la carta es una simple apreciación u opinión de su representante legal sobre lo que pudiera ocurrir en un futuro, pero en ningún momento compromete u obliga a dicha sociedad para desligarse del derecho de accionar contra la convocada FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES”, obligada a responder por la administración y buen manejo de los dineros invertidos, como capital, con su anuencia, en el fideicomiso FA-097 – Inversiones Químicas (patrimonio autónomo).

Para el Tribunal la carta en mención no puede ser de recibo alguno, por ser ineficaz, ya que de aceptarse como acto de renuncia, que no lo es, quedaría totalmente burlado el sistema de la responsabilidad legal hasta por la culpa leve del fiduciario, de la cual trata el artículo 1243 del Código del Comercio. Por lo observado, considera inocuo el Tribunal el alcance que pretendió dársele en el proceso por la sociedad fiduciaria, (artículos 15 y 16 del C.C.).

9.2.2 Volviendo al tema del contrato de fiducia mercantil que ocupa la atención del Tribunal, no puede perderse de vista que la inversión se realizó a través de una mesa de dinero para la constitución de un patrimonio autónomo, dirigido a un fin específico. También destaca el Tribunal que entre FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES” y la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA se celebró un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, con instrucciones precisas del fideicomitente a la fiduciaria. El fallo en derecho de este Tribunal tiene como su fuente directa y primaria, el contrato mismo de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, el cual suscribió FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” con la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA el día 5 de octubre de 1999.

Por tanto, el Tribunal hará breve análisis de los elementos del contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago confrontándolos con sus cláusulas esenciales, para dirimir así la controversia suscitada entre las partes aquí convocadas, toda vez que este contrato produjo los efectos jurídicos prevalentes para beneficiarios y terceros (materia prima, proveedores, personas que participaron directa o indirectamente, trabajadores de la empresa, etc.).

A este respecto, parte de la base el Tribunal que la constitución del capital de trabajo del fideicomiso para desarrollar un objetivo social propuesto se constituye con bienes propios, más créditos o inversiones de terceros, obtenidos a través de varios medios, uno de ellos, por ejemplo, eran las mesas de dinero, que invertían capitales de inversionistas como la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA.

Según el contrato de fiducia mercantil objeto del presente laudo, la fuente de pago fundamental y primaria que debía tener el fideicomiso o patrimonio autónomo, era la venta o comercialización de los productos químicos por parte del fideicomitente Inversiones Químicas, su facturación posterior y el recobro de la cartera que servirían de garantía y fuente de pago de las obligaciones que llegare a adquirir el fideicomitente y/o el fideicomiso, función ésta que delegó la fiduciaria en la fideicomitente, sin ánimo novatorio, mas no controlada por aquella, en calidad de administradora del fideicomiso.

Por tanto, a este respecto la fiduciaria debió mantener una supervisión permanente y rigurosa, ya que la fideicomitente Inversiones Químicas Limitada no dejaba de presentar riesgos, más aún si la estabilidad económica de ésta estaba en tela de juicio, como consecuencia de haberse incluido en concordato y luego haberse acogida a la ley 550 de 1999, de reestructuración económica la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA, circunstancia ésta no desconocida por la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, máxime si esta tenía a su cargo la responsabilidad legal como acreedora de vigilar constantemente el fideicomiso, función que no realizó, al no sugerir ni convocar al comité o junta fiduciaria para que éste se conformara, pues bien sabido es a la luz del contrato que era este ente (junta del fideicomiso), el fiscalizador del manejo del fideicomiso administrado por la fiduciaria.

El Tribunal no encuentra entonces reparo alguno en el desarrollo de la cláusula segunda del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago celebrado entre Inversiones Químicas Limitada y la sociedad Fiduciaria Fes S.A., toda vez que aquella se desarrolló y cumplió en la medida en que Inversiones Químicas transfirió, a favor de la fiduciaria, para constituir el patrimonio autónomo, la suma de \$500.000.00; y la fiduciaria a su vez lo constituyó denominándolo FIDEICOMISO FA-097 INVERSIONES QUIMICAS.

En la cláusula tercera del mencionado contrato de fiducia mercantil, es menester destacar tres aspectos:

1-. El objeto del contrato al constituirse el patrimonio autónomo con los recursos transferidos por el fideicomitente al momento de su constitución y por los créditos que adquiriera el fideicomiso, era el destinarlos a la compra de la materia prima (productos químicos) para su transformación en productos terminados (resinas, adhesivos, pegantes, emulsiones y dispersiones) y posterior comercialización y venta, para con su producto cancelar las obligaciones adquiridas por el fideicomitente y/o el fideicomiso.

2-. Establecer además que la fiduciaria en calidad de administradora compraría, por cuenta y riesgo del fideicomiso, la materia prima requerida, y celebrar los contratos que fueren necesarios (maquila, comercialización, comodato precario y de prestación de servicios) para el desarrollo de su objetivo.

3-. La fiduciaria garantizaría además el pago de las obligaciones que adquiriera el fideicomitente y/o fideicomiso con los bienes del patrimonio autónomo mediante la expedición de certificados de beneficio, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones, entregándole al beneficiario los bienes que conforman el patrimonio para que se cancelen los créditos.

Ya se anotó con anterioridad que para la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA no dejaba de ser un riesgo latente su inversión en el Fideicomiso FA-097 - Inversiones Químicas Limitada, y por lo mismo, tanto la FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES”, como el beneficiario, debían adoptar un mayor rigorismo en su administración y funcionamiento frente a este patrimonio autónomo acentuando los controles desde un principio, más aún, se repite, si se tiene en cuenta el antecedente comentado.

Por otra parte, FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” al permitir que la fideicomitente Inversiones Químicas Limitadas comprara la materia prima incumplió normas contractuales específicas que imperativamente le ordenaba a la fiduciaria ejecutar esos actos de adquisición (cláusula tercera y quinta, numeral 2) del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago celebrado el de octubre de 1999 entre Inversiones Químicas Limitada y Fiduciaria Fes S.A.

Obsérvese además que según las instrucciones de la fideicomitente, ésta en el fideicomiso FA-097 Inversiones Químicas Obsérvese que según las instrucciones podía efectuar la correspondiente transformación de la materia prima en productos terminados, su comercialización, venta y posterior recaudo de cartera, función ésta última que FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES”, como administradora del patrimonio autónomo, debió

tener el máximo cuidado en su supervisión, pues al permitir en el contrato desde un principio que el fideicomiso FA-097 - Inversiones Químicas manejara la cartera, ponía en inminente riesgo la principal fuente de pago de las obligaciones que se causaran a favor de los beneficiarios.

Hace hincapié también este Tribunal en que, si bien es cierto la administración estaba a cargo de FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES”, más evidente es aún que esta última al no estar diversificada en las funciones individuales de cada fideicomiso no podía tener, claro está, el conocimiento técnico que requiere en cada uno de ellos. Por lo tanto, bien podía darse una delegación parcial en lo tocante al ramo de cada uno, verbigracia, en el asunto aquí debatido, el ejercicio de una técnica especializada (químicos) que la mencionada fiduciaria no tenía por qué conocerla.

Es por lo anterior que en lo que respecta a la transformación de la materia prima, su comercialización e inclusive hasta la venta misma podía delegarla en el fideicomiso y/o fideicomitente. Lo que jamás debió realizar fue el haber permitido que la fideicomitente recaudara la cartera, pues, como ya se vió, era ésta la única fuente de pago de las obligaciones a favor de los beneficiarios, y, por otra parte, tampoco debió dejar de ejercer su función de administradora (y fiscalizadora, si se quiere) en cada uno de los otros aspectos, pues sólo así habría podido advertir y detectar los problemas que con su negligencia o pasividad se desencadenaron paulatinamente.

En consecuencia, FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES” delegó entonces en el fideicomiso y/o en el fideicomitente, sin existir novación, la anterior obligación, toda vez que no hay constancia escrita en el plenario de haberse materializado la figura de la novación, es decir, no aparece probada su existencia como se analizará adelante en el presente laudo.

9.3 Novación y responsabilidades

9.3.1 En lo tocante con sus obligaciones, el Tribunal enfatiza que hubo negligencia de FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” en el desarrollo del contrato suscrito con la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA, pues como se ha visto, delegó en éste último (no debiendo hacerlo) funciones indelegables y omitió no solo ejercer los controles adecuados, sino prevenir con antelación los hechos negativos y advertir además a los beneficiarios de estos hechos con suficiencia de tiempo y también sobre las circunstancias que originaron la liquidación del fideicomiso; mas no esperar a que surgiera un hecho de proporciones análogas a un ilícito para adoptar las medidas pertinentes.

Recuérdese también que FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” tenía, entre otras obligaciones, las de ejercer protección y defensa de los bienes

fideicomitidos, solicitar instrucciones en caso de duda a la Superintendencia Bancaria, rendir cuentas de su gestión de conformidad con circular expedida por esa entidad, obligaciones éstas que, confirma el Tribunal, no las cumplió y por ello se hace acreedor a responder por su negligencia en la administración delegada por el contrato de fiducia mercantil hasta por la culpa leve, porque si bien es cierto podía delegar cosas accesorias no prohibidas, ello no lo exime de su responsabilidad como ente administrador de un patrimonio autónomo, toda vez que nunca hubo novación de contrato.

Esta figura designa, de conformidad con el Código Civil (artículo 1687) la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda, por tanto extinguida, pero para ello es indispensable según el artículo 1688 del código en comento que debe existir poder especial para novar, es decir, la facultad debe ser expresa. Existen situaciones no constitutivas de novación enumeradas en el artículo 1691 ibídem, refiriéndose a que si el deudor no hace más que dimitir una persona que haya de pagar por él, o el acreedor una persona que haya de recibir por él, no hay novación.

Así las cosas, hay que concluir que el deudor, en este caso INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA, delegó en FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” toda su responsabilidad al suscribir el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago. Y es ésta la que tiene que responder ante terceros, por el acertado o desacertado cumplimiento de sus obligaciones.

Por el mismo hecho se analiza la novación respecto de la delegación que de sus funciones y responsabilidad hizo la fiduciaria en el fideicomitente, en donde debe apreciarse que según las instrucciones dadas por éste al constituirse el fideicomiso nunca se previó dicha eventualidad; por lo tanto, tampoco existe poder especial que faculte a FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” para novar este contrato.

Las funciones de la fiduciaria frente al fideicomitente estaban previstas en la cláusula quinta, del precitado contrato, de la siguiente manera: Inversiones Químicas Limitada en su calidad de fideicomitente estableció que FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES” sería la administradora del patrimonio autónomo conformado en parte por dineros depositados por aquel y en parte con los préstamos realizados por diferentes inversionistas, entre ellos la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, para desarrollar el objetivo previsto, cual era la compra de materia prima, su transformación en productos terminados, su comercialización y venta, y el pago de los diferentes créditos otorgados por los beneficiarios al realizarse éstas.

Teniendo en cuenta las funciones descritas, y los objetivos de INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA contenidos en la cláusula sexta del

contrato, se reducen a: 1) Constituir el patrimonio autónomo, con los dineros aportados por el mismo fideicomitente y los diversos créditos otorgados por los inversionistas o beneficiarios. 2) La fiduciaria en su calidad de administradora debía comprar la materia prima y los insumos requeridos para el desarrollo del proceso de transformación que estaba a cargo del mismo fideicomitente y celebrar con él un contrato de maquila y comercialización. 3) Administrar con debida diligencia los recursos del patrimonio autónomo proveniente de los créditos otorgados por los beneficiarios, los recursos aportados por el mismo fideicomitente, las facturas cambiarias y los demás bienes que hicieren parte del fideicomiso. 4) Destinar los recursos que generara el patrimonio autónomo con la transformación de la materia prima al pago de los créditos otorgados por el beneficiario y garantizados con dicho fideicomiso, debiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para el cumplimiento del objeto contemplado en el mencionado contrato de fiducia.

De conformidad con lo anteriormente discurrecido, concluye el Tribunal que interpretado el numeral 4 de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago celebrado entre Inversiones Químicas Limitada y Fiduciaria Fes S.A. Fidufes, no hubo novación (artículos 1687, 1689 del C.C.), por cuanto no aparece acreditada en el plenario la intención de novar por las partes contratantes Inversiones Químicas Limitada y Fiduciaria Fes S.A. - Fidufes (cfr. Alberto Tamayo Lombana, “MANUAL DE OBLIGACIONES”, Editorial Temis S.A., Bogotá - 2003, páginas 141 a 158)

CAPÍTULO DÉCIMO

X. LA ACCIÓN RESOLUTORIA POR INCUMPLIMIENTO

10.1 En el presente caso la sociedad convocante OTH & COMPAÑÍA LIMITADA solicita la declaración de incumplimiento del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago celebrado el 5 de octubre de 1999 entre las sociedades INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA y FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES”. Como bien lo observó el Tribunal: *“No obstante no haber intervenido la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, en la gestación del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, es innegable su legitimación para intervenir como convocante en este proceso arbitral, si se tiene en cuenta, en primer lugar la cláusula sexta, inciso primero que a la letra dice: “BENEFICIARIOS-. Tendrán calidad de beneficiarios del presente contrato, las personas naturales o jurídicas, que otorguen créditos o vendan materia prima al FIDEICOMITENTE y/o al fideicomiso....”, y en segundo término, la certificación de fecha 25 de julio de 2.003, expedida por FIDUFES S.A., la cual obra al folio 141 del cuaderno No.1 del expediente, en la que se hace constar, que de acuerdo con los registros y soportes contables del*

patrimonio autónomo FA-097 INVERSIONES QUIMICAS, ingresó la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA a través de la sociedad P & G Asociados Ltda., como inversionista de capital al patrimonio autónomo en mención.

Por tal motivo OTH & COMPAÑÍA LIMITADA al ser inversionista de capital, es acreedora y como tal sustenta el título de beneficiaria así el certificado de beneficiaria nunca hubiera sido expedido por la FIDUCIARIA FES S.A. - "FIDUFES".

Por otra parte, y como bien puede observarse en la documentación allegada al plenario, la vinculación de la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA no fue en ningún momento motivo de inconformidad por la parte convocada, ni por la fideicomitente INVERSIONES QUIMICAS LTDA., oficiosamente citada por el Tribunal a este proceso. La sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA ha solicitado en el presente caso la resolución del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago celebrado el 5 de octubre de 1999 entre las sociedades INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA y FIDUCIARIA FES S.A. - "FIDUFES".

10.2 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, TEORIA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURIDICO, Sexta Edición actualizada, Editorial Temis S.A. Bogota – Colombia – 2000, pág. 548).

Por tanto, este modo de disolución se circunscribe a los contratos especialmente a los bilaterales, pero también es procedente en los unilaterales. Así mismo, el fundamento o motivo de la resolución es *el incumplimiento culposo del contrato*, lo cual distingue este modo de disolución de los contratos, *"de la inejecución de ellos por fuerza mayor o caso fortuito, circunstancia esta en que la imposibilidad de ejecución es un riesgo que también por regla general, extingue la eficacia del acto jurídico respectivo"* (Cfr Ospina Fernández y Ospina Acosta, op.cit. pág. 548.)

El mismo autor colombiano anota que *"la resolución de los contratos por incumplimiento, concretamente la resolución judicial de ellos se ha explicado como una aplicación de la teoría de la responsabilidad contractual. El contratante que incumple sus obligaciones perjudica a su acreedor y esta obligado a indemnizarlo"* (op.cit pág. 551). En derecho colombiano la

acción resolutoria la consagra el artículo 1546 del Código Civil, al expresar este estatuto: *“en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”*.

De acuerdo con el pensamiento del profesor Ospina Fernández, *“la redacción del texto legal transcrito abona la tesis doctrinaria de que la acción resolutoria es un derecho de los acreedores, tan principal como lo son la acción ejecutiva y la de indemnización de perjuicios con la cual se conjuga”* (op. Cit. pág. 552). Es decir, mediante la acción resolutoria por incumplimiento, el contratante o el acreedor insatisfecho puede, sin necesidad de estipulación alguna al respecto, liberarse de las prestaciones a su cargo, y, lo más relevante aún, aspirar a obtener que se le restituya a la situación que tenía al tiempo de la celebración del contrato, retrotrayendo o reversando los efectos que haya producido este último en el tiempo transcurrido entre la celebración del contrato y el fallo resolutorio. Se colige así que **la acción resolutoria tiene, pues, un claro origen legal, independientemente de las estipulaciones expresas de los contratantes.**

De todo lo expuesto, concluye el Tribunal que la sociedad convocante OTH & COMPAÑÍA LIMITADA ésta legitimada como acreedora para impetrar la pretensión resolutoria por incumplimiento del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago celebrado el 5 de octubre de 1999 entre las sociedades INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA y FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES”.

CAPITULO UNDÉCIMO

XI. LO PROBADO EN EL PROCESO

11.1 Para el Tribunal está plenamente demostrado en el proceso;

a) La existencia, constitución y representación legal de la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA;

b) La existencia, constitución y representación legal de la sociedad FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES”;

c) La existencia, constitución y representación legal de la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA;

d) La existencia, constitución y representación legal del FIDEICOMISO FA-097 - INVERSIONES QUÍMICAS.

Es de observar aquí que para el Tribunal resulta absolutamente claro que la demanda instaurada en este proceso arbitral por la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA estuvo bien dirigida contra FIDUCIARIA FES S.A. - "FIDUFES", ya que habría sido grave error el haberla promovido contra el patrimonio autónomo. Hecha esta precisión conceptual, fácil es concluir que en el presente caso la legitimada directa en la causa para asumir las obligaciones contractuales no era el fideicomiso sino la FIDUCIARIA FES S.A. - "FIDUFES", persona jurídica a la que tenía que reclamársele el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y no al patrimonio autónomo, por cuanto una posición contraria a ésta destruiría el régimen legal de la fiducia mercantil, ya que, como se precisó en el laudo arbitral del 14 de octubre de 1993, **tornaría inmunes ante la justicia a las sociedades fiduciarias, y convertiría a los patrimonios autónomos en la más frágil, indefensa y desprotegidas de las instituciones del derecho comercial** (cfr. laudo arbitral promovido por Bloch Niño y Cía S en C., Blomag S en C vs Fiduciaria Colmena).

e) La existencia del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago celebrado entre INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA y FIDUCIARIA FES S.A. - "FIDUFES";

f) La legitimación en la causa del sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, esto es, FIDUCIARIA FES S.A. - "FIDUFES";

g) El carácter de acreedora o beneficiaria de la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA;

h) El incumplimiento de obligaciones por parte de FIDUCIARIA FES S.A. - "FIDUFES" respecto del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, ya que en el proceso no demostró la convocada FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES" el cumplimiento del precitado contrato, correspondiéndole la carga de la prueba de dicho cumplimiento (artículo 177 del C.P.C.).

i) La prosperidad de la demanda instaurada, si se aprecian o valoran los testimonios recaudados en el proceso, los contrainterrogatorios hechos a los testigos efectuados por el Tribunal, y, además el análisis de la totalidad de los documentos aportados por las partes y los que se recaudaron en la inspección judicial lleva a concluir al Tribunal con meridiana convicción que FIDUCIARIA FES S.A. - "FIDUFES", incurrió en actos y omisiones que generaron su responsabilidad legal por el incumplimiento del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS.

j) La prueba pericial practicada durante el desarrollo del proceso, con la cual tampoco se logró demostrar en el proceso el cumplimiento del contrato

de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago celebrado entre INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA y FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES”, por parte de esta última.

Con las pruebas aportadas al proceso se hace, pues, indubitable para el Tribunal que la sociedad convocada FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES” no cumplió con varias de las obligaciones y funciones como administradora del fideicomiso estipuladas a su cargo.

A este respecto observa el Tribunal que FIDUFES S.A. no demostró haber realizado los actos de diligencia y cuidado para la ejecución del encargo, los cuales correspondían únicamente a ésta como fiduciaria, significa lo anterior, so pena de comprometer su propia responsabilidad y, por ende, su patrimonio. Significa lo anterior, y con fundamento en el caudal de pruebas allegado al proceso, que el Tribunal ha apreciado en conjunto (artículo 187 C.P.C.) que la fiduciaria no desplegó durante el desarrollo del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, a tenor del artículo 1243 del C. Co., vale decir, que no demostró el cumplimiento total de las prestaciones provenientes de las obligaciones a su cargo, aspecto éste que probatoriamente le correspondía, con fundamento en el sistema de la responsabilidad civil contractual estructurada den la culpa (artículos 177 del C.P.C. y 2341 del C.C.).

Con base en lo expuesto, y sin necesidad de ahondar particularmente en cada uno de los medios probatorios aportados al proceso, concluye el Tribunal que, como acertadamente lo anota el autor JORGE SUESCÚN MELO, “el régimen probatorio general en materia de responsabilidad contractual le exige al acreedor demandante la tarea de probar la existencia del contrato y de las obligaciones que de él se derivan. Debe igualmente probar el incumplimiento de una o de varias obligaciones a cargo del deudor, a menos que la ley lo releve de esa carga demostrativa o que la prueba del incumplimiento sea imposible de aportar por el demandante por constituir una negación indefinida o presunción, en cuyo caso será el deudor el que deba probar que sí cumplió la prestación” (cfr. DERECHO PRIVADO, ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL CONTEMPORÁNEOS, Tomo I, Editorial Legis, Segunda Edición, 2003, página 356).

No obstante la autorizada opinión del profesor Suescún Melo, para el Tribunal la carga de la prueba del cumplimiento de la totalidad de las prestaciones a cargo de la convocada Fiduciaria Fes S.A. – FIDUFES provenientes del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago celebrado entre Inversiones Químicas Limitada y la citada convocada, correspondía a esta última y no a la convocante OTH & COMPAÑÍA LIMITDA, a tenor del artículo 177 del C.P.C y primer inciso del artículo 1757 del C.C.

Es por la anterior consideración, por lo que el Tribunal considera que está probado el incumplimiento contractual de FIDUCIARIA FES S.A. - "FIDUFES", a la luz de los artículos 1604 y 2155 del Código Civil, es decir, que la convocada es legalmente responsable de la culpa leve, por tratarse de un contrato perfeccionado para beneficio recíproco de las partes, especialmente si se tiene en cuenta el criterio civilista de graduación de culpas de que trata el artículo citado.

11.3 El solo incumplimiento de varias o algunas de las obligaciones a cargo de la fiduciaria durante el desarrollo del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, del cual se ha hecho multiplicidad de referencias, es lo que le permite concluir al Tribunal la responsabilidad civil de la convocada, ya que el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones no aparece acreditado por la parte convocada en el expediente, por lo cual debe declararse civilmente responsable, de conformidad con los artículos 1604, 2155 y 2341 del C.C. y 1226 a 1244 del C. Co.

CAPÍTULO DUODÉCIMO

XII. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

“La responsabilidad civil contractual resulta de la inejecución parcial o total, o de la ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. Presupone por lo tanto la existencia de un contrato válido celebrado entre las partes y el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de alguna de las obligaciones estipuladas en él” (cfr. Alberto Tamayo Lombana, “MANUAL DE OBLIGACIONES”, Tomo II, Editorial Temis S.A. - 1998, páginas 11 y 12). La doctrina ha clasificado las obligaciones en consideración a su objeto, caso en el cual habla de las obligaciones de dar, hacer o no hacer. La doctrina moderna complementa esta clasificación con las obligaciones de medio y de resultado, modalidades éstas que, al decir de Tamayo Lombana, en la obra citada, tienen enorme trascendencia en la responsabilidad civil, tanto en la contractual como en la extracontractual.

La obligación de medios, ampliamente conocida como obligación de prudencia y diligencia, es aquella que impone al deudor el deber de emplear al servicio del acreedor los medios de que dispone, y observar especial cuidado y diligencia con miras a alcanzar un fin; pero sin garantizar en ningún momento ese fin buscado, sin asegurar un resultado. De ello se sigue que el deudor cumple su obligación cuando ha puesto los medios del caso y actúa con prudencia y diligencia. Tal el caso de la obligación del médico o del abogado (cfr. Tamayo Lombana, op,cit., página 16). Según que la obligación sea de medios o de resultado, las nociones de culpa o de carga de la prueba sufren importantes modificaciones.

Teniendo en cuenta la anterior clasificación, la simple ausencia del fin pretendido en la obligación de medios no hace inferir de ninguna manera que el deudor incumpla su prestación. En consecuencia, como atinadamente lo señala Tamayo Lombana, si el deudor se le demanda en responsabilidad civil hay que probar su culpa, vale decir, hay que demostrar su negligencia y que omitió emplear los medios indispensables para la satisfacción de la prestación a su cargo, o que incurrió en un error protuberante. Son ejemplos en la jurisprudencia extranjera la sobredosis de droga, excesos de anestesia, error de diagnóstico, torpeza o negligencia operatoria, etc. (cfr. Tamayo Lombana, op. cit., páginas 16, 17, 18 y 19).

La ley colombiana contempla tres aspectos de culpa: *culpa grave que consiste en no manejar los negocios ajenos con el cuidado que incluso la personas negligentes o de poca prudencia suelen usar en los suyos. Se llama también culpa lata o negligencia grave. Culpa leve es la falta de diligencia y cuidado que emplean de ordinario los hombres en sus negocios propios. También se le denomina descuido leve o descuido ligero. Culpa levísima se dá cuando falta la diligencia esmerada que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Es llamada también descuido levísimo.*

En la fiducia mercantil la parte fiduciaria responde hasta de la culpa leve (artículo 1243 del C. Co.). Esta es la regla que se aplica en los contratos bilaterales, donde ambas partes asumen obligaciones, y por tanto, reciben también ventajas. Son contratos que generan utilidades recíprocas y en caso de incumplir las obligaciones contractuales, ambas partes responderán hasta de la culpa leve. El grado de prudencia, previsibilidad y diligencia es distinto de acuerdo con la utilidad que del contrato reciba el deudor o parte fiduciaria.

Como se observará, la culpa leve está sometida a un sistema más riguroso que la culpa grave, pues hay un patrón de conducta más exigente.

En el incumplimiento que obedece a culpa leve o levísima solo se reparan los daños directos que se previeron o pudieron preverse al momento de celebrar el contrato, según se deduce nítidamente de las normas pertinentes de los códigos civil y de comercio.

En los contratos bilaterales la culpa que se presume es la leve, pero si los beneficios del convenio solo fueren para el deudor se presume entonces la culpa levísima, según las mismas normas. Los deudores deben pagar íntegramente los perjuicios sufridos por el acreedor en su doble calidad de daño emergente y lucro cesante, pero únicamente en cuanto sean 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 solo leve o levísima, sino que el descuido, la negligencia, la desidia, etc., constituyen una culpa grave rayana en la mala fe, con lo que obtendría indemnización adicional por los perjuicios imprevisibles” (Jorge Suescún Melo, Derecho Privado, Tomo I, Ed. Legis).

La obligación de medios impone entonces la aplicación del principio tradicional y general del derecho, de acuerdo con el cual la carga de la prueba corresponde al actor (artículos 174 y 177 del C.P.C. y 1757 del C.C.). La obligación de resultado, por el contrario, implica variaciones sustanciales en la materia ya mencionada: hace presumir la culpa del demandado y, por ende, invierte la carga de la prueba (cfr. Tamayo Lombana, op. cit. páginas 19 y 20). En las reformas introducidas en el Código del Comercio por la ley 222 de 1995 se acoge el patrón del “*buen hombre de negocios*”.

El mencionado tratadista anota acertadamente que en las obligaciones de medio es un axioma de la responsabilidad contractual “que probado el incumplimiento del deudor (...) se presume con ello su culpa, de suerte que le corresponde a éste desvirtuar tal presunción, (...)” (cfr. Jorge Suescún Melo, “DERECHO PRIVADO”, Segunda Edición, 2003, Editorial Legis, páginas 438, 439)

Aplicados estos principios rectores de la responsabilidad civil contractual al caso materia de estudio, llega el Tribunal a la conclusión que la violación o el incumplimiento parcial o total de los deberes u obligaciones derivados del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago entraña un claro caso de responsabilidad civil a cargo de la sociedad FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES”, a la luz del artículo 2341 del Código Civil. Basta leer a este respecto, entre otras cláusulas del precitado contrato, el párrafo segundo de la cláusula tercera del mismo, el cual reza así: “*En desarrollo del presente contrato, LA FIDUCIARIA, en calidad de administradora del fideicomiso comprará, por cuenta y riesgo de éste último, la materia prima requerida....*”.

Esta prestación a cargo de la sociedad convocada no se cumplió por parte de la misma, ni tampoco aparece acreditado en el proceso el cumplimiento propio de las obligaciones de medios, por parte de FIDUCIARIA FES S.A. “FIDUFES”. Tampoco aparece en el expediente la prueba de haber expedido esta última, a favor de alguno de los beneficiarios del contrato de fiducia mercantil, los respectivos certificados de beneficio, entre los cuales puede incluirse a la sociedad convocante OTH & COMPAÑÍA LIMITADA (cláusula séptima, numeral 8 del contrato suscrito el 5 de octubre de 1999).

No estando demostrado en este proceso el cumplimiento total del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago por parte de FIDUCIARIA FES S.A. - “FIDUFES”, debe concluirse por el

Tribunal, *a contrario sensu*, su incumplimiento, razón por la cual el Tribunal accederá a las súplicas de la demanda principal partiendo de la base de estructurarse en el presente caso una obligación de medios, caso en el cual la fiduciaria responde hasta de la culpa leve en el (artículo 1243 del C.Co.)

CAPÍTULO DUODÉCIMO

XII. EXCEPCIONES DE MÉRITO

No invocó la parte convocada excepción alguna de mérito, por lo cual el Tribunal decidirá en el laudo arbitral lo que fuere pertinente, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO

XIII. LAS CONDENAS

13.1 Liquidación del daño emergente y lucro cesante.

Entre las pretensiones planteadas por la parte convocante están la devolución no sólo del capital entregado por la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA al FIDEICOMISO 097 INVERSIONES QUÍMICAS (\$68'572.960.00), lo cual constituye el daño emergente, sino el pago de indemnizaciones, como lucro cesante, el cual estima hasta el momento de presentación de la demanda, en la suma de CIENTO QUINCE MILLONES DE PESOS (\$115'000.000.00) M/C.

Al concluir este Tribunal que la FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES", en desarrollo del contrato mercantil irrevocable de administración y fuente de pago ha incumplido sus funciones y obligaciones, se le condenará a la devolución o restitución de las sumas de dinero invertidas en el FIDEICOMISO FA-097 – INVERSIONES QUÍMICAS por la beneficiaria y/o acreedora OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, por concepto de daño emergente, de acuerdo con las siguientes partidas:

13.1.1 La suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50'000.000.00) M/C., entregados el día 26 de febrero del año 2001 para ser pagados el 26 de junio del mismo año.

13.1.2 La suma de DIOCIOCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS (\$18'572.960.00) M/C., que debieron haberse pagado el 23 de agosto del año 2001.

13.2 Lucro cesante.

Se condena igualmente a FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” al pago de los intereses de mora, a título de lucro cesante, a la tasa máxima efectiva anual permitida (29.56%), de acuerdo con la certificación de intereses de mora expedida por la Superintendencia Bancaria de Colombia (se anexa comunicado de prensa de abril 30/04, relativo al interés moratorio correspondiente al mes de mayo), en favor de la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, teniendo en cuenta las fechas de vencimiento de cada una de las obligaciones hasta el momento en que sean pagadas o canceladas tales las obligaciones por parte de la sociedad convocada, intereses éstos liquidados por el Tribunal sólo hasta el día primero (1º) de junio del año dos mil cuatro, así:

13.2.1

CAPITAL	\$50'000.000
Plazo	junio 26 de 2001
Fecha de liquidación	junio 1 de 2004
Días	1.056

INTERESES

Corrientes	19.71%
Moratorios	29.56%

CALCULO	$\$50.000.000 \times 29.56\% / 360 \times 1.056$
Intereses moratorios	\$43.354.667

13.2.2

CAPITAL	\$18'572.960
Plazo	agosto 23 de 2001
Fecha de liquidación	junio 1 de 2004
Días	1.000

INTERESES

Corrientes	19.71%
Moratorios	29.56%

CALCULO	$\$18'572.960 \times 29.56\% / 360 \times 1.000$
Intereses moratorios	\$15.250.464

13.2.3

SUBTOTALES

13.2.1	\$43.354.667
13.2.2	\$15.250.464

13.2.4
TOTAL A PAGAR DE INTERESES DE MORA A TÍTULO DE LUCRO CESANTE:

CINCUENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCO MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS (\$58.605.131) M/C.

13.3 Liquidación de costas.

13.3.1 Conforme al numeral 1° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, *“la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto…….”*.

Teniendo en cuenta que el Tribunal de Arbitramento accederá favorablemente a la declaración de las peticiones primera, y segunda de la demanda (folios 0037B a 0037Ñ), condenará a la sociedad demandada FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” al pago de las costas de que trata el numeral 1 del artículo 392 del C.P.C., las cuales se determinan así:

A) Honorarios cada árbitro	\$3'192.000 x 3	\$9.576.000
B) IVA cada árbitro	\$ 510.720 x 3	\$1.532.160
C) Honorarios secretaria	\$1'596.000	\$1.596.000
D) IVA secretaria	\$ 255.360	\$ 255.360
E) Gastos funcionamiento del tribunal		\$1'560.500
F) Costas adminst. del tribunal		\$1'810.180
G) Honorarios perito		\$ 400.000
H) IVA		\$ 64.000
TOTAL		\$16'794.200

OTH	\$8'397.100.oo
FIDUFES	\$8'397.100.oo

13.3.2 Es de advertir que como al inicio del presente proceso la sociedad FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES”, canceló la suma de \$8'397.100.oo, como parte proporcional de los gastos de administración y funcionamiento que le correspondía sufragar, en la parte resolutive del laudo condenará el Tribunal a FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” a restituir o devolver el pago de esta suma dineraria, a favor de la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, cantidad de dinero que pagó esta última, a título de gastos de administración y funcionamiento del Tribunal.

13.3.4 El Tribunal incluirá como costas materiales a cargo de la sociedad FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” y a favor de la sociedad demandante

OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, las sumas de dinero que se relacionan a continuación, con base en los artículos 33 del Decreto 2279 de 1989, 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil:

1. La suma de tres millones trescientos mil pesos (\$3'300.000.00) M/C., por concepto de agencias en derecho a favor de la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA.

2. La suma de ocho millones trescientos noventa y siete mil cien pesos (8'397.100.00) M/C., equivalente a la mitad de los honorarios de árbitros y secretaria, gastos de funcionamiento y administración del Tribunal de Arbitramento.

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO

XIV. LA DECISIÓN

Una vez esbozados los planteamientos que se han considerado pertinentes en torno al contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, concluye este Tribunal que FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES”, sí incurrió en responsabilidad civil contractual en el precitado contrato.

Son, pues las razones que preceden las que llevan al Tribunal a aceptar la responsabilidad hasta por la culpa leve de FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES”. en la administración del Fideicomiso FA-097 Inversiones Químicas, y, por lo tanto, considera el Tribunal que aquella debe devolver o restituir a OTH & COMPAÑÍA LIMITADA las sumas dinerarias que invirtió en el plurimencionado patrimonio autónomo.

Asimismo el Tribunal, en decidir con equidad y justicia, equilibrará la balanza de pérdidas en favor de la acreedora o beneficiaria, demostrada como está la responsabilidad civil de la fiduciaria como consecuencia del incumplimiento del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, y, por tanto, condenará a FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” a pagar los intereses moratorios a la tasa efectiva anual, debidamente certificados por la Superintendencia Bancaria de Colombia, desde el momento en que se hicieron exigibles las obligaciones adeudadas hasta su pago o cancelación total.

CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO

XV. LAUDO ARBITRAL

Reunidos como se hallan los presupuestos procesales y materiales, y no existiendo excepciones de mérito que extingan o afecten la relación

sustancial o material en el presente caso, es deber del Tribunal emitir laudo arbitral de mérito.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO-. Declarar que FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” incumplió el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago perfeccionado el 5 de octubre de 1999, con la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA, el cual dio origen al patrimonio autónomo FIDEICOMISO FA-097 – INVERSIONES QUÍMICAS.

SEGUNDO-. Declarar que FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES”, como administradora del fideicomiso FA-097 – INVERSIONES QUÍMICAS, y cuyo NIT es 805.012.921-0, es responsable civilmente hasta por la culpa leve ante la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, como consecuencia del incumplimiento del contrato de fiducia mercantil al cual hace referencia el numeral primero de la parte resolutive de este laudo.

TERCERO-. Condenar a FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES”, como consecuencia de declaraciones a que se refieren los numerales primero y segundo de la parte resolutive de este laudo, a devolver o restituir, a la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, a título de daño emergente, las siguientes cantidades de dinero que en préstamo entregó al FIDEICOMISO FA. 097 – INVERSIONES QUÍMICAS, a saber:

1.1 La suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50'000.000.00) M/CTE., entregada el día 26 de febrero del año 2001, para ser pagados el día 26 de julio del mismo año.

1.2 La cantidad de DIECIOCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS (\$18'572.960.00) M/CTE. que debió haberse pagado el día 23 de agosto del año 2001.

CUARTO-. Condenar igualmente a FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” al pago de los intereses de mora que se determinan aquí mismo, a la tasa máxima efectiva anual (29.56%), vigente para el mes de mayo de 2004, en favor de la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, a título de lucro cesante, teniendo en cuenta las fechas de vencimiento de cada una de las obligaciones, de acuerdo con la certificación de intereses de mora expedida por la Superintendencia Bancaria de Colombia, hasta el momento en que sean pagadas canceladas tales las obligaciones por parte de la sociedad convocada. Tales sumas por concepto de intereses hasta el primero (1º) de junio de dos mil cuatro (2004), quedaron establecidas en el capítulo décimo tercero, “Condenas”, numeral 13.2, así:

13.2.1 – Sobre el capital de	\$50.000.000
Intereses por	\$43.354.667

13.2.2 – Sobre el capital de	\$18.572.960
Intereses por	\$15.250.464

TOTAL INTERESES	\$58.605.131
-----------------	--------------

CINCUENTA Y OCHO MILONES SEISCIENTOS CINCO MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS M/C.

QUINTO-. FIDUCIARIA FES S.A. – “FIDUFES” está obligada además a pagar a la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA, las cantidades dinerarias a que se refiere los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive del presente laudo, y una vez ejecutoriado éste.

SEXTO-. Condenar a FIDUCIARIA FES S.A.- “FIDUFES” a pagar a la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA como costas del proceso la suma de ocho millones trescientos noventa y siete mil cien pesos (\$8'397.100.00)M/C.

SÉPTIMO-. Condenar a la FIDUCIARIA FES S.A.- “FIDUFES” a pagar a la sociedad OTH & COMPAÑÍA LIMITADA por concepto de agencias en derecho en cuantía de TRES MILLONES TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$3'300.000.00) M/C.

OCTAVO-. Ordenar la expedición y entrega a los representantes legales de las sociedades convocante y convocada, a inversiones Químicas Limitada y al Fideicomiso FA-097 Inversiones Químicas de una copia del presente laudo, de conformidad con las prescripciones legales.

NOVENO-. Por la Secretaría del Tribunal y con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, expídase y entréguese copia del presente laudo, una vez ejecutoriado.

DÉCIMO-. Ordenar la protocolización del presente expediente en una de las Notaría del Círculo de Cali, con cargo a la cuenta de gastos del Tribunal de Arbitramento.

El presente laudo se notifica en la presente audiencia.

Los Árbitros,

FERNANDO LOZANO ÁNGEL
Presidente

En la página 39, continúan las firmas del presente Laudo Arbitral.

Santiago de Cali, 01 de junio de 2.004.

Continuación Laudo Arbitral...

Convocante OTH & COMPAÑÍA LIMITADA

Convocado FIDUCIARI FES S.A. “ FIDUFES S.A.”

Centro de Conciliación y Arbitraje Cámara de Comercio de Cali.

EDUARDO BORRERO RENGIFO

Árbitro

SIMÓN PAYÁN MORENO

Árbitro

PATRICIA RIASCOS LEMOS

Secretaria