

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

PROCESO ARBITRAL

"RODRÍGUEZ JIMÉNEZ Y COMPAÑÍA S. EN C."

CONTRA

"ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A."

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, veintiocho (28) de noviembre del dos mil seis (2.006)

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad temporal y procesal para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el Laudo Arbitral que pone fin al proceso arbitral entre las sociedades **"RODRÍGUEZ JIMÉNEZ & COMPAÑÍA S. EN C."** de una parte, y de la otra, **"ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A."**.

I. Antecedentes

1. La sociedad comercial **"RODRÍGUEZ JIMÉNEZ Y COMPAÑÍA S. EN C."**, solicitó, por conducto de apoderado judicial especial, la convocatoria de un tribunal de arbitramento al centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Santiago de Cali (Valle del Cauca) y al efecto presentó su demanda contra **"ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A."**, con fundamento en la cláusula compromisoria del **"CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y FUENTE DE**

PAGO", celebrado entre la sociedad comercial **"INVERSIONES QUÍMICAS LTDA."** y **"SOCIEDAD FIDUCIARIA FES"**, hoy denominada **"ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A."** en virtud de la escritura pública número 2.703 del 13 de septiembre del 2.005, otorgada por ante la Notaría 14 del Círculo Notarial de Santiago de Cali (Valle del Cauca), debidamente inscrita en el registro mercantil competente, contenida en la cláusula vigésima (visible a folio 46 del cuaderno principal), en los siguientes términos:

"[...] CLÁUSULA VIGÉSIMA.- CLÁUSULA COMPROMISORIA : Cualquier diferencia que surja entre las partes relacionada con el presente contrato no conciliada directamente entre las partes, se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento constituido por tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Cali y se regirá por lo dispuesto en las normas vigentes. El Tribunal fallará en derecho. [...]"

2. El centro de arbitraje designó por el conducto regular a los árbitros, doctores **LUZBIAN GUTIÉRREZ MARÍN, RODRIGO PALAU ERAZO y LUIS FELIPE GONZÁLEZ GUZMÁN**, quienes aceptaron sus encargos, oportunamente instalaron el Tribunal, designando como **PRESIDENTE** del mismo a la señora doctora **LUZBIAN GUTIÉRREZ MARÍN**, y nombraron como secretaria a la doctora **MARIA DEL PILAR SALAZAR SÁNCHEZ**, que a su vez aceptó también su nombramiento, y procedieron previo estudio del cumplimiento de las formalidades en la demanda, a ordenar su admisión y correr traslado de la misma al representante legal de **"ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A."**, quien por intermedio de apoderado especial la contestó dentro del

término legal previsto y propuso excepciones de mérito. De éstas se corrió traslado a la parte convocante, quien a su vez las contestó oportunamente.

3. El dieciséis (16) de agosto del dos mil seis (2.006), a las 2:30 p.m., previa citación a las partes, se llevó a cabo la audiencia de conciliación dentro del proceso, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio —que resultó fallida— por lo cual se dispuso continuar el trámite arbitral.

4. En la misma audiencia los árbitros señalaron las sumas de honorarios de los miembros del tribunal, así como la partida de gastos de funcionamiento del mismo y se fijó como sede de dicho tribunal el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Santiago de Cali. Oportunamente las partes consignaron las sumas correspondientes a honorarios y gastos del tribunal.

5. El once (11) de septiembre del dos mil seis (2.006) se inició la primera audiencia de trámite (Acta número 4, a folios 98 y ss. del cuaderno principal), en la que se leyó la cláusula compromisoria del contrato que dio origen al proceso arbitral. Seguidamente el tribunal asumió competencia para conocer y fallar en derecho las pretensiones formuladas por la parte demandante en los términos de su demanda presentada en contra de “**ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**”.

6. La primera audiencia de trámite se terminó el mismo día, once (11) del mes de septiembre del dos mil seis (2.006), cuando el tribunal profirió el decreto de pruebas.

7. El término de duración del proceso arbitral es de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite según lo disponen las normas pertinentes.

8. Por lo anterior, es evidente que el tribunal se halla dentro del término legal para proferir el presente laudo.

9. El tribunal sesionó durante el trámite del proceso en nueve (9) audiencias, practicó las pruebas decretadas a solicitud de ambas partes. Agotada la instrucción, en la audiencia del catorce (14) de noviembre del año dos mil seis (2.006), los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

II. PRETENSIONES

La convocante, a través de su apoderado judicial y en su demanda, solicita que mediante laudo arbitral que haga tránsito a cosa juzgada se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

"[...] PRIMERA: Declárese que la FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES" , hoy ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. "ACCIÓN FIDUCIARIA", incumplió el contrato de FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN y FUENTE DE PAGO, celebrado el 5 de octubre de 1999 entre la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LIMITADA Y la FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES, documento por medio del cual, nació a la vida jurídica, el FIDEICOMISO FA 097 INVERSIONES QUÍMICAS.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES", hoy ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. "ACCIÓN FIDUCIARIA", a pagar a título de daño emergente, las cantidades de dinero que resulten demostradas, a la sociedad RODRIGUEZ JIMENEZ & COMPAÑÍA S. EN C., en su calidad de BENEFICIARIA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO, el dinero que fue entregado a título de mutuo, al FIDEICOMISO F A-097 INVERSIONES QUÍMICAS el cual asciende a la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTE PESOS (\$46.592.920) M/CTE.

TERCERA: Condénese además a la sociedad FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES" hoy ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. "ACCIÓN FIDUCIARIA" a pagar a título lucro cesante. a la sociedad RODRIGUEZ JIMENEZ & COMPAÑÍA S. EN C" los intereses comerciales de mora, calculados sobre el capital enunciado en el punto primero, a la equivalencia de una y media veces tomando como base el interés bancario corriente. de acuerdo con la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria de Colombia, de conformidad con lo expresado en el artículo 884 del Código de Comercio, a partir del día 7 de noviembre del año 2000. hasta el día en el que sea pagada la obligación.

CUARTA: Condénese a la sociedad FIDUCIARIA FES S.A. "FIDUFES", hoy ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. "ACCIÓN FIDUCIARIA", a pagar a la sociedad RODRIGUEZ JIMENEZ & COMPAÑÍA S. EN C" el valor de los gastos y costos que demande el

trámite del Proceso Arbitral, incluyendo las agencias en derecho.[...]”.

III. HECHOS

Para una mejor comprensión del tema del debate planteado ante el tribunal se procede a continuación a hacer un resumen de los hechos presentados por la sociedad demandante:

Entre la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LTDA, quien actuó como fideicomitente y la FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES, quien actuó en calidad de entidad fiduciaria, nació a la vida jurídica un contrato DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y FUENTE DE PAGO, celebrado mediante documento privado el 5 de Octubre de 1.999, con el fin de obtener capital de trabajo para el desarrollo del objeto social de la sociedad FIDUCIANTE, con bienes de su propiedad, que servirían de garantía y fuente de pago de las obligaciones que llegara a adquirir, LA FIDEICOMITENTE Y/O EL FIDEICOMISO, confiándole la administración y la vocería tanto en lo sustancial como en lo procesal a la entidad fiduciaria. En la cláusula segunda del contrato se hizo constar la transferencia por la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000.00)M/cte que hizo la fideicomitente para la constitución del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS.

En los hechos la parte actora transcribe del contrato de fiducia mercantil las definiciones de FIDEICOMITENTE, FIDUCIARIA, PATRIMONIO AUTÓNOMO, BENEFICIARIOS, CERTIFICADO DE BENEFICIO, CONTRATO DE MAQUILA, CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN, COMODATO PRECARIO. Igualmente se copia del contrato su objeto, las facultades que se otorgan a la fiduciaria, los bienes que conforman el

fideicomiso, las instrucciones del fideicomitente a la fiduciaria, derechos y obligaciones de la Fiduciaria, del fideicomitente y de los beneficiarios, integración de la junta del fideicomiso y sus funciones.

En cumplimiento del contrato de FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y FUENTE DE PAGO, en especial la cláusula tercera denominada "objeto" el día 19 de Octubre de 1999, entre el fideicomiso y la sociedad Inversiones Químicas Ltda.(fideicomitente) se celebro un CONTRATO DE MAQUILA Y COMERCIALIZACIÓN, en donde el primero se denomino EL PROPIETARIO y la segunda EL FABRICANTE. El objeto del contrato era el de la transformación de materias primas suministradas por EL PROPIETARIO a EL FABRICANTE para que este produzca resinas, adhesivos, pegantes, emulsiones y dispersiones para la venta, obligándose a la comercialización del producto terminado a través de su red de vendedores. Respecto a este contrato la parte convocante transcribe el objeto, la descripción del proceso de maquila , las obligaciones de EL FABRICANTE, los controles que debía tener EL PROPIETARIO para el manejo de inventarios en el proceso de fabricación, el valor de la maquila, forma de pago de la maquila, su duración.

En desarrollo de las operaciones antes descritas, tanto la del patrimonio autónomo y su administración, como en el contrato de maquila, la sociedad RODRÍGUEZ JIMÉNEZ Y CIA S. EN C efectuó con el FIDEICOMISO FA097 INVERSIONES QUÍMICAS operaciones de crédito, con el fin de financiar la adquisición de materias primas, por parte de la entidad FIDUCIARIA, para cumplir con el objeto de los contratos, para lo cual suministro el día 4 de Agosto del año 2000, la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTE PESOS (\$46.592.920)M/cte los

cuales se convino se pagarían el día 7 de Noviembre del año 2000 y para garantizar ese pago le fue entregado a la sociedad acreedora un pagaré en blanco, junto con una carta de instrucciones para llenar los espacios en blanco. Esta suma de dinero fue reclamada en repetidas ocasiones a la sociedad Fiduciaria Fes hoy acción sociedad Fiduciaria S.A. "Acción Fiduciaria", la cual rehúsa el pago aduciendo la carencia de dinero por parte del patrimonio autónomo.

En reunión celebrada el 9 de Julio del año 2001, el doctor DINO FRANCISCO AMALFI ALVAREZ quien ostentaba el cargo de primer suplente del presidente de la sociedad FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES, informo a un grupo de inversionistas que el PATRIMONIO AUTÓNOMO FA097 INVERSIONES QUÍMICAS, había sido desfalcado por INVERSIONES QUÍMICAS LTDA, cobrando las facturas cambiarias de compraventa, aceptadas a favor del patrimonio autónomo, mediante el retiro de cheques de pago de los productos vendidos, los que había endosado y consignado a su cuenta corriente, usando un sello mandado a hacer, en forma fraudulenta y sin autorización de la fiduciaria. Dijo el Señor Amalfi desconocer a esa fecha el monto del faltante y que por tanto suspendería el pago a los acreedores. En vista de lo anterior la sociedad Rodríguez Jiménez y Cia. S. En C decidió convocar a FIDUFES a una audiencia de conciliación que se celebro el 21 de Octubre de 2002, en la que FIDUFES alego que quien debía cancelar era el PATRIMONIO AUTÓNOMO FA 097 INVERSIONES QUÍMICAS y no la FIDUCIARIA.

Afirma en los hechos la parte convocante que es a todas luces claro que la SOCIEDAD FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES, hoy ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. ACCIÓN FIDUCIARA en su condición de administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO FA097 INVERSIONES QUÍMICAS, es la

responsable frente a su mandante, por la ocurrencia del desfalco que a este hiciera la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LTDA, debido a la negligencia con la que administro el fideicomiso, ocasionado fundamentalmente por el incumplimiento de las cláusulas tanto del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable, que originara el Patrimonio Autónomo, como el contrato de Maquila y Comercialización que acusa del desfalco. No cumplió con el objeto del contrato de fiducia; dentro de la ejecución tanto del contrato de fiducia como el de maquila no adquirió por cuenta y riesgo del patrimonio la materia prima para ser entregada a la sociedad fideicomitente para que esta la transformara, lo mismo que los insumos y permitió que la operación fuera realizada por INVERSIONES QUÍMICAS LTDA violando lo ordenado en el contrato; no estableció los controles para el manejo de los inventarios en el proceso de fabricación como quedo pactado en el contrato y por esta falta de control todo quedo en manos del FABRICANTE. Igualmente no invirtió los recursos provenientes de los créditos otorgados por los BENEFICIARIOS en el fondo común ordinario administrado por LA FIDUCIARIA; no llevo en legal forma la contabilidad del patrimonio autónomo; incumplió con los beneficiarios al no expedir el respectivo certificado de beneficio; no cumplió con la conformación de la junta denominada JUNTA DEL FIDEICOMISO y como consecuencia de ello no rindió los informes mensuales de gestión y administración a que estaba obligada en la cláusula décima primera del contrato de Fiducia. Perdió el control del producto fabricado al igual que su venta a las personas naturales y jurídicas que lo compraron, también perdió el control de las facturas cambiarias que amparaban las ventas y de todos los recaudos de la cartera. Todo este estado y descuido esta constituido en el informe del entonces auditor

general de LA FIDUCIARIA FES S.A. FIDUFES RODOLFO MONEDERO LOZANO, quien el 2 de Abril del año 2001, le dirige un memorando al doctor CARLOS ALBERTO GUTIERREZ, director de fiducia de administración quien le expresa que en el mes de febrero del mismo año se encontró un faltante de CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS DIEZ Y OCHO PESOS (\$469.027.618.00)M/cte. No incluye el valor de la cartera de TENSOACTIVOS DE COLOMBIA LTDA por la suma de \$123.337.893.00 cliente que corresponde a una empresa manejada por Inversiones Químicas. Esta sociedad esta conformada por el señor LEONARDO ENRIQUE AFANADOR, quien es el representante de INVERSIONES QUÍMICAS LTDA , NUBIA ELENA AFANADOR PUJOL, hija del Señor Leonardo Enrique Afanador y ALIRIO SEPÚLVEDA CARDONA , quien fungió igualmente como gerente de la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LTDA.

La conducta delictual observada por los administradores de la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LTDA siempre fue conocida por la FIDUCIARIA FES pero no tomo los correctivos necesarios para evitarla y a pesar de haberse percatado de ella continuo con la ejecución del contrato de fiducia, dado el desorden contable y administrativo con el que fue administrado EL PATRIMONIO AUTÓNOMO FA097 INVERSIONES QUÍMICAS hasta tal punto que transcurrió mas de un año y medio, después de la comisión de los delitos para iniciar las acciones penales correspondientes tendientes a al recuperación de los dineros, objeto del desfalco con lo cual la FIDUCIARIA incumplió de manera grave sus obligaciones pactadas en los contratos.

IV. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

En la primera audiencia de trámite el tribunal decretó las pruebas a instancia de las partes. El tribunal considera útil, para el sustento de la decisión que adoptará en esta providencia, relacionar los medios de prueba allegados al proceso y que se incorporaron al expediente, los cuales fueron todos analizados para definir el asunto sometido a su consideración, así:

1. DECLARACIONES DE PARTE: Rindieron declaración de parte ante el tribunal, **VICTOR MANUEL RODRÍGUEZ ESTELA**, representante legal de la sociedad comercial **"RODRIGUEZ JIMÉNEZ Y CIA. S. EN C."**, en audiencia del día diecinueve (19) de octubre del dos mil seis (2.006), y por el otro, mediante prueba decretada de oficio por el tribunal, **JORGE LUIS MOSCOTE GNECCO**, representante legal para asuntos judiciales, de **"ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A."**, en audiencia del día primero (1º) de noviembre del 2.006.

2. DECLARACIONES DE TERCEROS: Rindió su testimonio el único testigo citado al proceso, **FERNANDO JOSÉ CABAL SINISTERRA**, en audiencia del día diecinueve (19) de octubre de dos mil seis (2.006).

3. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS: Se aportaron al proceso los documentos que fueron exhibidos por la parte convocada.

4. DOCUMENTALES: Se aportaron por la demandante, todos y cada uno de los documentos relacionados en la demanda. La convocada, acompañó la totalidad de los documentos aportados con la contestación de la demanda.

También se agregaron al expediente todos y cada uno de los documentos entregados en la declaración de parte por **JORGE LUIS MOSCOTE GNECCO**, en representación de la convocada "**ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**".

5. OFICIOS: Se solicitaron pruebas por medio de oficios dirigidos a las entidades determinadas por las partes, las cuales se aportaron al proceso.

V. PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir sobre las diferencias surgidas entre las partes, el tribunal procede a examinar si se reúnen los presupuestos procesales, que son los requisitos necesarios para la validez del proceso y el ejercicio de la facultad de administrar justicia.

Las partes son sociedades constituidas de acuerdo con la ley y están debidamente representadas por sus representantes legales.

El Tribunal fue integrado de acuerdo con lo pactado en la cláusula compromisoria y se encuentra debidamente instalado.

Las partes han consignado oportunamente el valor de los honorarios y gastos que fue entregado a la Presidenta del Tribunal.

Las controversias objeto de este proceso tienen un contenido patrimonial y son susceptibles de transacción, y las partes son plenamente capaces para transigir.

El tribunal examinó la demanda y concluyó que ella reúne los requisitos formales establecidos en la ley procesal.

Teniendo en consideración los anteriores presupuestos el Tribunal asumió la competencia para conocer y decidir este proceso en la primera audiencia de trámite.

VI. CONSIDERACIONES

El Tribunal hace las siguientes consideraciones sobre la controversia objeto del presente proceso.

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La parte convocada impugna la jurisdicción y la competencia del tribunal argumentando:

a) Que el tribunal carece de jurisdicción en razón a que la justicia ordinaria es la que tiene la facultad de administrar justicia cuando se trata de procesos ejecutivos, y

b) Que el tribunal carece de competencia en cuanto se trata de una acción ejecutiva derivada de un pagaré en blanco que le da al convocante la calidad de simple acreedor, acción de la cual son competentes los jueces ordinarios.

Las pretensiones contenidas en la demanda se refieren a la declaración de incumplimiento de las obligaciones de la Fiduciaria adquiridas por medio del contrato de fiducia y a la condena de pagar los perjuicios ocasionados por el

incumplimiento, que la convocante estima en una suma igual a la suma que fue objeto de la operación de crédito.

La acción que se ejerce a través de las pretensiones anteriores es declarativa, que implica un proceso de conocimiento para evaluar y decidir si hay o no un incumplimiento contractual y si de este se deriva un perjuicio económico para indemnizar el daño causado.

La acción ejecutiva es la que tiene por objeto el cumplimiento de una obligación clara, expresa y exigible que conste en documentos provenientes del deudor, de acuerdo con la norma que regula el proceso de ejecución.

No se requieren mayores explicaciones para concluir que las pretensiones de la demanda no son las de una acción ejecutiva. En ellas no se solicita que se dicte mandamiento ejecutivo contra el deudor, sino que se declare un incumplimiento y se haga una condena en perjuicios. No se invoca el pagaré como fundamento de las pretensiones, sino el contrato de fiducia.

La existencia de un pagaré en blanco que fue aceptado por la fiduciaria a favor de la convocante, es lo que da lugar a la argumentación de la convocada. No se puede tomar en forma aislada ese documento para deducir que la única acción que le confiere la ley a la convocante es una acción ejecutiva, sin tener en cuenta que el pagaré en blanco fue aceptado por la fiduciaria en desarrollo de un negocio fiduciario, y que el no contiene una obligación expresa y exigible pues sus espacios en blanco no han sido llenados por la convocante. El examen en conjunto tanto del pagaré en blanco como del contrato de

fiducia no impide que la parte convocante ejerza las acciones declarativas y de conocimiento relativas al contrato de fiducia, como fundamento de unas pretensiones como las contenidas en la demanda. El pagaré en blanco se ha presentado como una prueba para demostrar que tiene su causa en el contrato de fiducia y que el está relacionado con este contrato. De allí no se puede concluir que la parte convocante solo pueda exigir el cumplimiento de una obligación que aún no consta en el pagaré en blanco, y que le está negada por la ley la facultad de ejercer acciones de responsabilidad por el incumplimiento contractual de una fiducia.

Si en un contrato de fiducia de garantía se han incumplido las obligaciones contractuales de la fiduciaria y está ha emitido un pagaré u otro título valor con cargo al fideicomiso como fuente de pago, el beneficiario tiene dos acciones: La de indemnizar los perjuicios causados con el incumplimiento contractual o la de exigir el cumplimiento de la obligación.

No existe una norma legal que diga que la emisión de un título valor en una fiducia de garantía elimina cualquiera acción que tuviera el beneficiario en contra de la fiduciaria que ha incumplido sus obligaciones contractuales. Con la tesis que plantea la parte convocada, se pretende crear una nueva causa de exoneración de responsabilidad contractual. Es suficiente que una Fiduciaria emita y acepte un pagaré para que ella pueda incurrir en toda clase de incumplimientos, sin que el beneficiario y titular del pagaré pueda demandar los perjuicios ocasionados con el incumplimiento. La ley en su artículo 1.604 del Código Civil únicamente ha establecido como causas de exoneración de la responsabilidad contractual la fuerza mayor y la acción diligente de la parte a quien se le

imputa el incumplimiento. Por lo cual, resulta inapropiada la aplicación de la tesis de la parte convocada al presente litigio.

2. LOS CONTRATOS DE FIDUCIA Y MAQUILA

2.1. El Contrato de Fiducia.

Por medio de documento privado de octubre cinco (5) de mil novecientos noventa y nueve (1.999), "**INVERSIONES QUÍMICAS LTDA.**", en su calidad de fideicomitente, y la "**SOCIEDAD FIDUCIARIA FES S.A.**" celebraron un contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Fuente de Pago.

El objeto del Contrato fue "la constitución de un patrimonio autónomo conformado por los recursos transferidos inicialmente por el Fideicomitente al momento de la constitución y los que llegare a adquirir el fideicomiso, todos los cuales serán destinados a la transformación de la materia prima consistente en productos químicos terminados, tales como resinas, adhesivos, pegantes, emulsiones y dispersiones, con el fin de que los frutos provenientes de la venta de estos productos sean destinados a la cancelación de las obligaciones adquiridas por el **FIDEICOMITENTE** y/o el fideicomiso." (Cláusula Tercera).

El patrimonio autónomo del fideicomiso se constituyó con un aporte inicial de **QUINIENTOS MIL PESOS M/C (\$500.000,00)** entregado por el Fideicomitente Inversiones Quimicas Ltda., y se le dio la denominación **FIDEICOMISO FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS**. (Cláusula Segunda).

Se pactó que en desarrollo del contrato de fiducia, la fiduciaria, en su calidad de administradora del fideicomiso, deberá comprar, por cuenta y riesgo de este último, la materia prima requerida, y celebrar el respectivo contrato de maquila y de comercialización. (Cláusula Tercera).

Se determinaron como beneficiarios del fideicomiso "las personas naturales o jurídicas, que otorguen créditos o vendan materia prima al Fideicomitente y/o al fideicomiso", con la obligación a cargo de la Fiduciaria de expedir a favor de estos un certificado de beneficio.

Se establecieron las obligaciones del Fideicomitente, la Fiduciaria y los Beneficiarios, los cuales se analizarán más adelante cuando se evalúe el cumplimiento del Contrato de Fiducia.

2.2 El Contrato de Maquila

En desarrollo del Contrato de Fiducia, la Fiduciaria celebró con el fideicomitente Inversiones Químicas Ltda. un contrato de maquila por medio de documento privado de 19 de octubre de 1999, mediante el cual se le encargó a esta empresa la ejecución de las siguientes actividades: La transformación de las materias que serían suministradas por la Fiduciaria, en productos terminados; y la venta o comercialización del producto terminado. Como remuneración a favor de Inversiones Químicas, la Fiduciaria se obligó a pagarle una suma equivalente al 35% del valor bruto de las ventas. En documento de julio 12 de 2000 se modificó el contrato de maquina para reducir la remuneración de Inversiones Químicas al 20%.

2.3 Terminación de los contratos anteriores.

El Contrato de Fiducia estuvo vigente desde el 5 de octubre de 1999 hasta el 28 de agosto de 2001, y el Contrato de Maquila estuvo vigente desde el 19 de octubre de 1999 hasta la misma fecha del 28 de agosto de 2001, en la cual la Fiduciaria los dio por terminados por el reiterado incumplimiento de Inversiones Químicas.

3. EL BENEFICIARIO DE LA FIDUCIA ES PARTE DEL CONTRATO

Al examinar el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, que se puede observar entre los folios 40 a 46 del cuaderno principal, vemos como en su cláusula primera define a los **BENEFICIARIOS** como “[...] las personas jurídicas y naturales con las que la sociedad INVERSIONES QUÍMICAS LTDA. y/o el fideicomiso hayan adquirido o adquieran obligaciones. [...]”.

Luego, el mismo contrato, en su cláusula sexta precisa como **BENEFICIARIOS** a “[...] las personas naturales o jurídicas, que otorguen créditos o vendan materia prima al FIDEICOMITENTE y/o al fideicomiso. [...]”.

Si la sociedad convocante como en efecto quedó establecido, por cuenta de un contrato de mutuo garantizado en un pagaré, otorgó un crédito al fideicomiso, es innegable que tiene la calidad de **BENEFICIARIO**.

Que ostente o no tal calidad, partiendo de la base de que haya presentado o no al proceso arbitral un **“CERTIFICADO**

DE BENEFICIO” es absurdo, toda vez que debe primar entre los contratantes su intención real, y si la fiduciaria no expidió por cualquier razón tal certificado a la convocante, no es una carga que se le deba imponer a esta sociedad convocante y con base en ella, desconocerle así la calidad de beneficiario que realmente le asiste.

Establecida la calidad de **BENEFICIARIO** que dentro del contrato de fiducia le asiste a la sociedad convocante, **“RODRIGUEZ JIMÉNEZ Y CIA. S. EN C.”** impera establecer si el beneficiario dentro de un contrato de fiducia deberá entenderse como parte del contrato o no, y por lo tanto considerar que podrá usar la cláusula compromisoria o no, y en que condiciones.

Aunque someramente se había dejado también esbozada la posición del tribunal frente a tal aspecto al momento de resolver el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte convocada en el momento en que el tribunal se declaró competente, conviene dejar aún mas claro y sustentado tal punto.

Si bien ni la doctrina, ni la jurisprudencia, han sido pacíficas en la elaboración de tal concepto y existen efectivamente puntos encontrados, de oposición total e irreconciliable, el tribunal por unanimidad ha definido que el beneficiario es parte del contrato y por lo tanto lo deben irradiar los efectos de la cláusula compromisoria, haciendo suyos conceptos suficientemente elaborados al respecto.

De la revisión de las normas contenidas en el Código de Comercio entre los artículos 1.226 y 1.244, se puede

establecer fácilmente que la propia ley al regular la existencia y funcionamiento de dicho contrato, considera que las partes principales del mismo son el fideicomitente, el fiduciario y el beneficiario.

En efecto; en el artículo 1.226 del Código de Comercio, que define el contrato de fiducia se establece que es un

“ [...] negocio en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada fiduciaria quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

La definición antes transcrita demuestra que en este contrato existen tres partes, pudiendo en algunos casos reunirse en una sola persona, dos de las calidades como son la del fideicomitente y el beneficiario.

Por su parte el artículo 1.229 del Código de Comercio se refiere al beneficiario como parte del contrato al establecer que

“[...] la existencia del fideicomisario no es necesaria en el acto de constitución del fideicomiso, pero si debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan tener pleno efecto”

Se ratifica la calidad de parte principal del beneficiario o fideicomisario al establecer como requisito esencial del contrato la existencia de dicha parte para que pueda cumplirse con el objeto del mismo.

El artículo 1.231 ibídem consagra un derecho expreso al beneficiario, entre otros para demandar judicialmente la obligación del fiduciario para efectuar el inventario de los bienes recibidos en fiducia. Siendo que los derechos y obligaciones derivados de un contrato solo son relativos o exigibles por aquellas personas que son parte del mismo, no podría entenderse que el legislador hubiere previsto la existencia de una facultad en cabeza del beneficiario como si se considerara que este simplemente era un tercero respecto del contrato de fiducia.

Pero adicionalmente para reafirmar la propia ley que el beneficiario es “parte del contrato de fiducia”, el artículo 1.235 del Código de Comercio establece la existencia de unos derechos en cabeza del beneficiario, además de los establecidos en el acto constitutivo, o que le conceda la ley, entre los que se encuentran:

- “Exigir al fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el cumplimiento de ellas”, de donde necesariamente hay que concluir que el beneficiario tiene que ser parte del contrato de fiducia, pues sino lo es, no puede ejercer este tipo de acción de responsabilidad.

- “Impugnar los actos anulables por el fiduciario [...] y exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso a quien corresponda”, derecho que en principio no tenía que haber sido expresamente consagrado por la ley si el beneficiario fuera un tercero respecto del contrato, pues por las

disposiciones generales del Código Civil estaría facultado para alegarla, si esta fuera absoluta, como lo tiene cualquier tercero; pero que no resulta muy clara cuando se trata de la nulidad relativa, pues en este caso, ¿ella solo puede ser alegada por la parte interesada, y si el beneficiario fuera un tercero cómo puede impugnar el acto?

Corroborar la calidad de parte que la ley le concede al beneficiario, además, el artículo 1.239 ibídem al establecer que el fiduciario podrá ser removido de su cargo “si tiene intereses incompatibles con los del beneficiario” norma que, repetimos, simplemente ratifica la consideración de que el beneficiario es parte del contrato, pues no parecería obvio suponer que si la ley lo considerara un tercero, la sola diferencia de intereses entre este y el fiduciario sirviera para solicitar su remoción, pues entonces siempre habría diferencia de intereses entre el fiduciario y cualquier otra persona que no haga parte del contrato y por este simple hecho se podría solicitar la remoción. El conflicto de intereses a que se refiere la ley, debe ser el que existe entre las partes del contrato y no entre una de las partes o terceros que nada tienen que ver con el contrato.

Entendemos que el anterior razonamiento, puede también llevar, en principio, a concluir que esos mismos derechos que se enuncian para sostener que el beneficiario es parte del contrato, también los puede tener si fuera un tercero en cuyo favor se ha hecho una estipulación, lo que podría llevar a que se siga manteniendo la doctrina predominante.

No obstante, también es claro que no todos los derechos que establece la ley a favor del beneficiario son iguales a los

del acreedor de una estipulación a su favor, pues este no puede ejercer una acción de responsabilidad contractual frente al fiduciario, ni puede impugnar por nulidad los actos que realice el fiduciario, ni le puede exigir de manera general el cumplimiento de todas las obligaciones a su cargo en el contrato. Esta circunstancia debería llevar a la conclusión, de que existiendo las mismas condiciones con las que la ley trata al uno y al otro, no pueden asemejarse o calificarse de la misma forma, y habida cuenta de que la posición respecto de un contrato o es la de tercero o es la de parte, y si se reúnen otras condiciones adicionales a las que tiene el simple tercero, pero que por naturaleza corresponden a las que tiene una parte, debería imponerse la premisa de que el beneficiario es parte del contrato de fiducia.

El concepto moderno del derecho y la amplitud de las nuevas relaciones económicas que se vienen ejecutando, deben llevar a revisar los conceptos de la definición de parte, pues esta calidad no debe predicarse simplemente por la posición formal que se tenga respecto de la celebración del contrato, sino que debe cobijar también la concepción del interés económico o jurídico que tengan los sujetos que realicen la convención o se vinculen posteriormente, consintiendo en participar del mismo negocio y de la misma finalidad, sin distingos de condiciones accesorias que desnaturalizan el fin común del negocio. La comunidad de intereses en la realización teleológica del negocio, así la intervención de cada sujeto sea parcial, debe implicar la consideración de parte para todos en razón del vínculo negocial que los une;

Para no hacernos extensivos en razonamientos que otros han expuesto con anterioridad y mayor claridad, nos permitimos hacer referencia a algunas de las jurisprudencias pertinentes para ilustrar el caso que nos ocupa:

En efecto, dentro del tribunal de arbitramento de Basf Química Colombiana S.A., y otros promovido contra Sociedad Fiduciaria Anglo S.A., Fiduango al resolver sobre su competencia para conocer del asunto, mediante providencia del 8 de julio de 1999, expuso entre otros:

"[...] Ordinariamente y en un principio, las partes de un contrato son solo las personas que intervienen en él ab initio, mediante una declaración de voluntad que produce un efecto jurídico que no es otro que el de vincularlos a la convención. También ordinariamente y también en principio, todas las demás personas tienen frente a ella la condición de terceros. En estricto sentido, estos asertos no son otra cosa que un corolario del llamado principio de la relatividad de los actos jurídicos, viejo de muchos siglos [...]"

Pero bien se sabe, por otra parte, que ese principio conforme al cual "los actos jurídicos no perjudican ni aprovechan a los terceros" no constituye postulado de carácter absoluto. En efecto, como bien lo señala Ospina Fernández, esa fórmula "tomada al pie de la letra, peca de simplismo e inexactitud, porque sugiere la idea falsa de que la eficacia de los actos jurídicos queda circunscrita estrictamente al círculo de los agentes directos, cuando en realidad ella se proyecta sobre la situación jurídica de personas que en manera alguna

han intervenido en el acto y que hasta ignoran su otorgamiento”.

Así, hoy está perfectamente claro y aceptado que una persona pueda ser parte en un acto jurídico en el que no intervino de forma directa, sino representada por otra; como también puede serlo en la calidad de causahabiente o acreedor de esta otra; como, en fin, igualmente puede serlo quien no interviene en el instante inicial del acto, sino que se vinculó a él más adelante. Las características y los ejemplos de unas y otras de estas formas especiales de ser, o hacerse parte, son suficientemente conocidas.

Por lo tanto, indiscutiblemente ese principio de la relatividad de los actos jurídicos, debe adicionarse —y hoy no cabe duda de que lo está más allá de toda discusión— con la precisión de que, no obstante ser él cierto, como regla general, hay casos excepcionales previstos en la ley, en los cuales los actos jurídicos producen o pueden producir efectos que no intervinieron inicialmente en su celebración.

Como es bien sabido, esta forma de ver las cosas ha dado lugar al nacimiento y desarrollo de distinto tipo de instituciones jurídicas —más modernas y con más horizonte unas que otras—, entre las que se destacan por supuesto, la estipulación para otro, la estipulación por otro, y más recientemente el contrato por otro, por solo mencionar algunas.

En el caso de la estipulación para otro, que es el más tradicional y el más conocido, aceptado y desarrollado de todos, nos encontramos con un acto jurídico, y concretamente con un contrato, en el que una persona llamada estipulante

pacta con otra, llamada promitente, que este se comprometa a cumplir una prestación a favor de un tercero, llamado beneficiario. Allí hay de por medio tres personas pero en principio solo dos partes. El beneficiario no asume ningún tipo de obligación, para él solo surge un derecho o un crédito a su favor. El estipulante no es representante del beneficiario, ni este cesionario de aquel. Su derecho es directo y propio y solo es predicable y exigible en frente del promitente. El beneficiario tiene la facultad de aceptar o rechazar el derecho en tanto la estipulación no haya sido revocada por las partes. Estas por su lado, pueden hacer tal revocación mientras el beneficiario no haya aceptado. En el derecho colombiano, el sentido y el alcance de esta figura jurídica están sintetizados en el artículo 1506 del Código Civil.

Más adelante continúa exponiendo que:

“[...] Hay situaciones en las cuales, y es el caso de autos, al momento de celebrarse el contrato, ese tercero beneficiario no está determinado ni es determinable sin una nueva expresión de voluntad. La posición jurídica del beneficiario dentro del contrato y sus derechos y obligaciones contractuales se encuentran allí definidos, pero para incorporarse al contrato y convertirse en parte del mismo, es necesario que el tercero sea previamente invitado a ingresar y que este acepte la invitación. Este proceso de oferta y aceptación, no la simple estipulación original es lo que determina su ingreso.

Se produce entonces la figura de adhesión a contrato ajeno, en la posición especial y autónoma que le reservaron las partes originales— conforme a la cual, al contrato ya

perfeccionado y debidamente formado, entran sujetos que hasta ese momento eran terceros en relación con el mismo y cuya incorporación ocasiona una modificación subjetiva de él, no objetiva por cuanto en su contenido el contrato subsiste intacto, quienes acceden de esta manera al contrato ocupan en él la condición o posición de partes contractuales nuevas, en todo lo que sea compatible con ellas. Esa posibilidad está presente en determinado tipo de contratos, que por eso se llaman abiertos, como ocurre en el contrato de sociedad.

En este caso, las nuevas partes hacen suyas las estipulaciones en donde los contratantes originales establecieron los derechos y obligaciones de los adherentes, lo cual supone que no hay nuevo contrato. El contrato es el de antes, salvo el número de partes. Por lo demás y ello depende de los términos en que se consume la adhesión nada impide que la adhesión se limite a determinadas cláusulas que representan el interés de los adherentes, eso sí, sin que por ello el contrato se desnaturalice [...] ”.

Adicionalmente en el tribunal de arbitramento Leasing Mundial contra Fiduciaria FES se expuso mediante providencia de fecha 26 de agosto de 1997, que:

“[...] El tribunal quiere hacer notar que en el mundo de los negocios de hoy es frecuente encontrar que terceros que no han participado en la celebración de los contratos originales pueden prevalecer luego de lo que en ellos se

pacta incluida la cláusula compromisoria. Esto se presenta en los casos de adhesiones de terceros a un estatuto previamente elaborado y acogido por otros, así como en los eventos en que se hacen estipulaciones a favor de terceros a través de manifestaciones unilaterales de voluntad adheridas a ciertos contratos.

Esto ocurre, por ejemplo, en contratos tan importantes en la vida moderna como el de sociedad, el de transporte y el de seguro.

En efecto, es usual que en los estatutos sociales se incluyan cláusulas de arbitramento para resolver las diferencias que puedan presentarse entre la sociedad, sus socios, administradores y demás órganos sociales. Obviamente esta cláusula la incluyen los socios fundadores, pero luego un accionista posterior, por el solo hecho de serlo, puede hacer uso de la cláusula arbitral para demandar verbi gratia al gerente o al revisor fiscal, aunque ni el demandante, ni los demandados hayan intervenido en la celebración del contrato de sociedad, ni hayan pactado entre ellos la cláusula arbitral.

Lo propio ocurre en el plano nacional como internacional con el contrato de transporte. Al respecto cabe señalar que en los conocimientos de embarque es común encontrar cláusulas de arbitramento. Sin embargo, el contrato de transporte lo celebran el remitente y el porteador, de manera que el destinatario es, en principio, un tercero. Pero en virtud del mecanismo de la estipulación para otro este tercero es el único legitimado — una vez sea tenedor del conocimiento de embarque— para ejercer las acciones de

cumplimiento o de indemnización de perjuicios ante el transportador para lo cual habrá de hacer uso de la cláusula arbitral pactada en el contrato de transporte en cuya celebración él no intervino.

Que grave sería argüir que en Colombia, a diferencia del resto del mundo, el destinatario no puede acudir a los tribunales de arbitramento contemplados en los conocimientos de embarque, por cuanto la estipulación para otro —que explica precisamente el funcionamiento del conocimiento de embarque— le transfiere todos los derechos al destinatario, pero no sirve para otorgarle la prerrogativa de acudir a un tribunal arbitral.

Este caso del transporte es muy ilustrativo, pues la cláusula de arbitramento está destinada básicamente para que la emplee el destinatario, que no interviene en la celebración del contrato, y no el remitente que sí es parte en el mismo. En efecto, una vez el remitente entrega la mercadería al transportador y cobra la carta de crédito, no tiene interés jurídico respecto de la forma como el transportador cumpla o deje de cumplir sus obligaciones, es el destinatario el que tiene tal interés y el único legitimado para ejercer las acciones derivadas del contrato de transporte, para lo cual podrá hacer uso de la cláusula arbitral, todo ello dentro del marco de una estipulación para otro.

Todo lo anteriormente dicho se aplica, igualmente, en el contrato de seguro, en el cual el beneficiario puede prevalecer ciertas estipulaciones hechas por el tomador y el

asegurador, dentro de ellas la cláusula compromisoria prevista en la póliza.

El tribunal no puede compartir, bajo ningún punto de vista, la tesis de que en la estipulación para otro la responsabilidad que el beneficiario puede deducirle al promitente es de naturaleza extracontractual [...]

Esta extraña posición riñe por completo con el régimen de la estipulación para otro y con la normatividad sobre responsabilidad civil.

Debe recordarse que la estipulación para otro suele presentarse bajo la fórmula de un compromiso unilateral adherido a un contrato, es decir se trata de aquellos casos en que una persona se obliga a favor de un tercero que solo se explica por la manifestación de voluntad unipersonal del deudor, por no existir aun la aceptación del beneficiario.

En el estado actual del derecho, está ampliamente la virtualidad jurídica que tienen las manifestaciones unilaterales de voluntad de crear obligaciones, habiéndose superado la teoría clásica que no le reconocía el carácter de fuente obligacional, pues se decía que ello equivaldría a imponer el derecho correlativo a otra persona que no lo había aceptado, con lo que se desdibuja el postulado de la relatividad de los actos jurídicos, según el cual solo se benefician o perjudican con ellos quienes hayan participado directamente en su celebración o por medio de representante. Así las cosas, se argüía que sin voluntad del acreedor no habría consentimiento, ni vínculo obligatorio, de suerte que la única fuente posible de obligaciones voluntarias era el contrato.

Pero el derecho moderno, se reitera, reconoce la obligatoriedad de los actos jurídicos unipersonales, es decir, de las manifestaciones unilaterales de voluntad, asimilándolas en sus efectos y en su fuerza normativa a las convenciones. De allí que la doctrina coincide en señalar que los actos jurídicos unipersonales se rigen por las normas de la responsabilidad contractual y no por las de extracontractual.

Así las cosas, la estipulación para otro desechó el principio racionalista, de que “nadie adquiere un derecho sin voluntad” y en cambio admite que a través de manifestaciones unilaterales adheridas a contrato se generan derechos para terceros que no han participado directamente ni mediante representación en la celebración del contrato.

Además, debe tenerse en cuenta como rasgo particularmente significativo, que una vez el tercero acepta expresa o tácitamente la estipulación hecha en su favor, solamente el podrá demandar lo estipulado, de suerte que únicamente él puede ejercer la acción de cumplimiento o la de indemnización de perjuicios contra el promitente y tales acciones tienen una incuestionable naturaleza contractual, derivada de lo previsto en el artículo 1506 del Código Civil, según el cual el beneficiario es el único que “puede demandar lo estipulado”.

Es claro, entonces, que el compromiso unilateral asumido por el promitente existe bajo la condición suspensiva de que el tercero beneficiario lo acepte. Cumplida la condición los efectos son retroactivos, de manera que se

considera que el derecho existe desde que se hace la estipulación.

De acuerdo con lo anterior, sería francamente inusitado afirmar que entre el beneficiario de un seguro y el asegurador no existen vínculos previos de derecho y que por tanto aquel solo tiene una acción de responsabilidad extracontractual contra este en caso de que incumpla la estipulación efectuada. Igual perplejidad causaría la manifestación de que el destinatario de un contrato de transporte no puede ejercer la acción de cumplimiento contra el transportador y que tan solo tiene a su disposición una acción de responsabilidad civil extracontractual, al no tener ningún vínculo contractual contra el porteador”.

4. LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LA FIDUCIARIA

En el contrato de fiducia, la Fiduciaria se obligó a:

- a.** Administrar los bienes del fideicomiso o patrimonio autónomo **FA-097**. (Cláusula primera y tercera y quinta)
- b.** Celebrar un contrato de maquila y de comercialización para la transformación en productos terminados de la materia prima consistente en productos químicos. (Cláusula tercera).
- c.** Comprar la materia prima requerida. (Cláusula tercera y quinta numeral 2).
- d.** Entregar al fideicomitente la materia prima requerida. (Cláusula quinta numeral 4).
- e.** Garantizar con los bienes que conforman el patrimonio autónomo el pago de las obligaciones que adquiriera el fideicomitente y/o el fideicomiso. (Cláusula tercera)
- f.** Expedir certificados de garantía a favor de los beneficiarios del fideicomiso, de manera que cuando se

presente el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones, la Fiduciaria proceda a entregar a los beneficiarios, los bienes que conforman el patrimonio para que con ellos se paguen sus acreencias. (Cláusula tercera).

g. Administrar con la debida diligencia los recursos del patrimonio autónomo provenientes de los créditos otorgados por los beneficiarios, los recursos aportados por el fideicomitente, las facturas cambiarias y los demás bienes que hacen parte del fideicomiso. (Cláusula Quinta numeral 7)

h. Destinar los recursos que genere el patrimonio autónomo con la transformación de la materia prima al pago de los créditos otorgados por los beneficiarios y garantizados con el fideicomiso. (Cláusula quinta numeral 8).

i. Celebrar todos los actos y contratos necesarios para el cumplimiento del objeto de la fiducia. (cláusula quinta numeral 9).

j. Realizar de manera diligente todos los actos necesarios para la ejecución del contrato de fiducia. (Cláusula Séptima numeral 1).

5. DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN DE MAQUILA

El contrato de maquila, celebrado entre el fideicomitente Inversiones Químicas Ltda. y la Fiduciaria, tenía por objeto que este le suministrara las materias primas, y que aquel con su propio personal y equipos las transformara y produjera resinas, adhesivos, pegantes, emulsiones y dispersiones para su comercialización.

La comercialización de los productos terminados, la facturación y el cobro de las facturas estaba a cargo de Inversiones Químicas.

La delegación que la Fiduciaria hizo a favor de Inversiones Químicas de todas las actividades de compra de materias primas, la operación de maquila, la comercialización de sus productos, la facturación y el cobro de facturas, imponía a la Fiduciaria **una exigente labor de control y de seguimiento permanente a todos los actos que realizaba Inversiones Químicas Ltda.** Esta sociedad, como maquiladora de los productos terminados, no tenía la propiedad de las materias primas, insumos, facturas de venta. Únicamente tenía derecho a una remuneración que se fijó primero en un 35% del valor de las ventas y luego se disminuyó en el 2.000 al 20%. La Fiduciaria, como administradora del fideicomiso **FA-097**, era propietaria de todos los bienes vinculados a la maquila, y por lo tanto, tenía la obligación de adoptar todas las precauciones, medidas y acciones que fueran necesarias para preservar y conservar la integridad de los bienes del fideicomiso que se encontraban en poder de Inversiones Químicas Ltda..

La forma en que se ejecutó la operación de maquila y la comercialización de los productos terminados ha sido descrita por Henry Chavarro Crespo como mandatario del representante legal de la Fiduciaria, en la denuncia penal que presentó ante la Fiscalía Seccional de Cali contra los administradores de Inversiones Químicas Ltda., en los siguientes términos:

Con relación a la compra de materias primas:

“[...] cuando la sociedad INVERQUIMICAS LTDA. tenía en su poder las órdenes de compra de los clientes contactaba a los proveedores de materia prima, con el fin de que le despachara los insumos a nombre del FIDEICOMISO FA-097, estableciendo con dichos proveedores las condiciones de compra, plazos para el pago y descuentos por pronto pago; luego de lo cual los proveedores enviaban las materias primas a las instalaciones de INVERSIONES QUÍMICAS LTDA. junto con las remisiones y las facturas a nombre del FIDEICOMISO FA-097.[...]”

Con relación a la fabricación del producto terminado:

“[...] Una vez INVERSIONES QUÍMICAS LTDA. recibía las materias primas necesarias para elaborar los productos solicitados por los clientes iniciaba el proceso de maquilación (transformación) de los insumos para convertirlos en productos terminados solicitados por los clientes.[...]”.

Con relación a la comercialización de los productos terminados:

“[...] la sociedad INVERQUIMICAS LTDA. en su condición de contratista era la encargada de contactar los clientes para ofrecerles el portafolio de productos de propiedad del FIDEICOMISO FA-097, negociando los precios de venta, condiciones de despacho, lotes de producción y plazos para el pago.[...]”

Con relación a la facturación:

“[...] el maquilador (Inversiones Quimicas Ltda.) enviaba los productos terminados a los

clientes, adjuntando las remisiones y facturas elaboradas en papelería del FIDEICOMISO FA-097 en su condición de propietario de dichos productos terminados; los clientes firmaban las copias de las facturas en señal de aceptación y posteriormente cancelaban a nombre del patrimonio autónomo FIDEICOMISO FA-097 identificado con el NIT 805.012.921-0.[...]"

Con relación al cobro de las facturas:

"[...] Cuando en el proceso de cobro, los cheques cruzados eran girados por los clientes a favor del patrimonio autónomo FIDEICOMISO FA-097, la sociedad Inverquímicas Ltda. conforme lo establecido en el contrato de maquila y comercialización se encargaba de reclamarlos y consignarlos en las cuentas del Fideicomiso FA-097, abiertas para dicho propósito en el Banco de Bogotá y en el Fondo Común Ordinario administrado por la Fiduciaria FES. Para reclamar estos cheques a nombre del Fideicomiso se le autorizó al maquilador y comercializador la sociedad INVERQUIMICAS LTDA, la utilización de un sello a nombre del Fideicomiso con el único propósito de recibo de cheques y/o correspondencia. [...]"

6. LOS INCUMPLIMIENTOS DE LA FIDUCIARIA.

6.1 La Fiduciaria incumplió con su obligación de Comprar la materia prima requerida. (Cláusula tercera y quinta, numeral 2o). Delegó en Inversiones Químicas Ltda. el cumplimiento de

esta obligación, como lo reconoce expresamente el representante de la Fiduciaria en su denuncia penal: Inversiones Químicas Ltda. era la que contactaba los proveedores, convenía con estos las condiciones de la compra, la entrega, los descuentos por pronto pago, y con base en estas gestiones de Inversiones Químicas Ltda., los proveedores facturaban al fideicomiso el valor de las materias primas.

La Fiduciaria no solo dejó de comprar las materias primas y de acordar los términos de la compra y el suministro, sino que se abstuvo de ejercer una supervisión y un control de esas compras. Inversiones Químicas actuó libremente en esta actividad sin control de la Fiduciaria, lo cual fue un notorio descuido por parte de esta entidad.

6.2 La Fiduciaria no cumplió con la obligación de entregar al fideicomitente la materia prima requerida. (Cláusula quinta numeral 4o). El cumplimiento de esta obligación era indispensable para ejercer un control permanente sobre los inventarios de las materias primas, cuyas entregas debían hacerse por medio de acta que debió suscribir la Fiduciaria con Inversiones Químicas Ltda..

6.3 La Fiduciaria no cumplió con la obligación de expedir certificados de garantía a favor de los beneficiarios del fideicomiso, de manera que cuando se presente el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones, la Fiduciaria proceda a entregar a los beneficiarios, los bienes que conforman el patrimonio para que con ellos se paguen sus acreencias. (Cláusula tercera).

No hay prueba en el proceso que la sociedad convocante hubiera recibido de la Fiduciaria el Certificado de Garantía a que alude la anterior obligación a cargo de la Fiduciaria. Como este hecho por ser positivo debió probarla Fiduciaria, esta entidad incumplió con esta obligación establecida en el contrato de fiducia.

6.4 La Fiduciaria no cumplió con su obligación de administrar con la debida diligencia los recursos del patrimonio autónomo provenientes de los créditos otorgados por los beneficiarios, los recursos aportados por el fideicomitente, las facturas cambiarias y los demás bienes que hacen parte del fideicomiso. (Cláusula Quinta numeral 7º)

La Fiduciaria tuvo conocimiento que Inversiones Quimicas Ltda. se apropió de los dineros de propiedad del fideicomiso **FA-097**, a partir de finales de 2000, “abusando de su condición de comercializadora y recaudadora de la cartera que se constituye en un grave delito contra el patrimonio económico del FIDEICOMISO FA-097), lo que ha generado se tenga el flujo de caja con que se había venido contando generando un buen número de cuentas por pagar a favor de los proveedores de materia prima del fideicomiso con vencimiento mayores a 60 días, lo que ha generado consecuentemente la parálisis de la operatividad del Fideicomiso, como tampoco se le ha podido cancelar a los inversionistas con quienes se realizaban las operaciones financieras. Flujo de caja que conlleva a la inminente liquidación del Fideicomiso.” (Ver denuncia penal hecho octavo).

Ante esa situación perjudicial y lesiva de los intereses del fideicomiso, la Fiduciaria actuó de la siguiente manera, de

acuerdo con lo que expone el representante de la Fiduciaria en su denuncia penal en el hecho noveno:

“[...] Con ocasión de las graves irregularidades que se presentaron a finales del año 2000, que conllevara a que extrañamente los dineros producto del recaudo de la cartera a los clientes fueran a parar a las cuentas de la sociedad INVERQUIMICAS LTDA., encargada de realizar dichos recaudos, sin que estos a su vez fueran consignados en las cuentas del Fideicomiso FA-097, como venia realizándose oportunamente, la Fiduciaria FES en su condición de vocera y representante legal del Fideicomiso se permitió requerir mediante comunicaciones escritas a la citada sociedad, para que diera las explicaciones pertinentes sobre dicha grave irregularidad y procediera a consignar los dineros producto del recaudo en las cuentas del Fideicomiso.”

Las irregularidades en el manejo de los dineros que recaudaba Inversiones Químicas Ltda. se conoció desde mayo 29 de 2000, fecha en que el Auditor Rodolfo Monedero informo a Dino Francisco Amalfi, representante de la Fiduciaria, que existía una diferencia de \$33.157.375 en la revisión de las facturas a cargo de dos clientes (Decorcintas y Color Cryl), y le manifestó su gran preocupación al “observar que los dineros de los activos que conforman el patrimonio no han ingresado a las cuentas corrientes destinadas a tal fin, pudiéndose concluir que estos han sido consignados en las cuentas corrientes de Inversiones Químicas Ltda.. o que estén en proceso de conciliación en las cuentas del patrimonio autónomo.”

En este caso, la conducta de la Fiduciaria fue la misma: enviar una comunicación a Inversiones Químicas Ltda. solicitando una explicación. (Ver carta de mayo 30 de 2000 de Dino Francisco Amalfi).

En comunicación de junio 15 de 2000 Inversiones Químicas Ltda.. le informa a Carlos Alberto Gutierrez, Director de Fiducia de administración, que los dineros provenientes del recaudo de facturas que fueron depositados en las cuentas corrientes de Inversiones Químicas Ltda. ascienden a la suma de \$83.906.621.20.

En carta de enero 26 de 2001, Dino Francisco Amalfi, representante de la Fiduciaria, le solicita a Inversiones Químicas Ltda. "la relación de las cuentas por pagar a proveedores canceladas por Inversiones Químicas por cuenta del Fideicomiso Fa-097 por un valor aproximado de \$270.000.000"; y "la relación de las facturas a cargo de clientes del fideicomiso y que han sido recaudadas y utilizadas por ustedes por un monto aproximado de 220 millones de acuerdo con su comunicación."

En comunicación de 22 de febrero de 2001, suscrita por Dino Francisco Amalfi y Rodolfo Monedero, representante y auditor de la Fiduciaria, le manifiestan a Inversiones Químicas que la Fiduciaria no ha podido realizar una detallada revisión de las cuentas por cobrar a favor del Fideicomiso así como las respectivas cuentas por pagar a cargo de Inversiones Químicas; y que esta falta de revisión se ha debido a la negativa de Inversiones Químicas de permitir el acceso de los funcionarios de la Fiduciaria a los archivos y documentos de Inversiones Químicas. Por ultimo, le manifiestan a Inversiones

Químicas: "...en aras de continuar manejando las excelentes relaciones existentes entre ustedes y la Fiduciaria, les recordamos la imperiosa necesidad de poder determinar claramente cuantas y cuales han sido las facturas recaudadas, así como la utilización dada a los recursos."

En abril de 2001, el auditor Rodolfo Monedero le comunica a Carlos Alberto Gutierrez, Director de Fiducia de Administración, que a 31 de enero de 2001 hay una diferencia entre la cartera del fideicomiso y el valor adeudado por el cliente de \$469.027.618, sin incluir la cartera de Tensioactivos de Colombia por \$123.337.839, cliente que corresponde a una empresa manejada por Tensioactivos. Concluye el auditor que los dineros de los activos del fideicomiso "no han ingreado a las cuentas corrientes destinadas a tal fin."

En carta de junio 28 de 2001, Dino Francisco Amalfi, representante de la Fiduciaria, en comunicación dirigida a Inversiones Químicas, teniendo en cuenta el cobro que hizo esta empresa de las facturas cuyos dineros no los consignó en las cuentas del Fideicomiso, a pesar de que Inversiones Químicas no es el emisor ni el tenedor de buena fe de las facturas, le propone que "fortalezca la posición financiera del fideicomiso a través de un aporte nuevo de patrimonio."

Después de mas de diez meses de conocidas por la Fiduciaria las irregularidades de Inversiones Químicas en el recaudo y manejo de los dineros de propiedad del fideicomiso, la Fiduciaria en carta de agosto 28 de 2001 le comunica a Inversiones Químicas la terminación de los contratos de fiducia y de maquila.

No aparece en el proceso la fecha de la presentación del denuncia penal contra los administradores de Inverquimicas Ltda. pero esto debió ocurrir después de noviembre 28 de 2001. En el acta número 20 de noviembre 28 de 2001, del Comité del Fideicomiso FA-097, cuando se preguntó si se había presentado la denuncia penal, Carlos Alberto Gutierrez, Director de Fiducia de Administración, respondió que se habían celebrado reuniones con un abogado penalista para efectos de la denuncia.

Previamente a la existencia de los indebidos manejos de los dineros del fideicomiso, la Fiduciaria debió obrar con la necesaria diligencia para prevenir y evitar cualquier acto de apropiación o pérdida de los bienes del fideicomiso, ejerciendo un control y una supervisión permanente de los inventarios, de la facturación, de la entrega de cheques y dineros a Inverquimicas, para lo cual debió designar las personas que debían ejercer estas funciones en representación del Fideicomiso. Adicionalmente debió contratar los seguros necesarios para amparar los bienes del fideicomiso contra toda clase de riesgos.

La Fiduciaria no tuvo uno o varios funcionarios controlando y supervisando las actividades de Inversiones Químicas. Así lo demuestra el Director de Fiducia de Administración Carlos Alberto Gutierrez, quien recomendó al Comité de Maquila en comunicación de 21 de marzo de 2001: "Podría evaluarse la posibilidad de contratar una persona por cuenta del fideicomiso que trabaje en Inversiones Químicas y que maneje directamente todos los asuntos relacionados con el patrimonio autónomo."

Con posterioridad a la ocurrencia del indebido manejo que hizo Inversiones Químicas de los dineros del Fideicomiso, y que fueron objeto de un denuncia penal, la Fiduciaria no obró con la debida diligencia que exigía la gravedad de estos hechos. La Fiduciaria limitó su acción al envío de comunicaciones a Inversiones Químicas Ltda. pidiendo explicaciones sobre hechos que requerían un conjunto de medidas rápidas y efectivas para corregir o terminar las irregularidades. En esta forma el contrato de maquila continuó ejecutándose, con la existencia de indebidos manejos de dineros por parte de Inversiones Químicas Ltda., hasta que se dio por terminado, conjuntamente con el contrato de fiducia, el 28 de agosto de 2001, cuando habían transcurrido más de diez meses de conocidas las irregularidades de Inverquimicas. La denuncia penal se presentó tiempo después de terminados los contratos, sin que haya constancia en el expediente que la Fiduciaria se constituyó en parte civil en el proceso, ni se conocen los resultados del proceso penal.

6.5 La Fiduciaria no pudo dar cumplimiento a la obligación de destinar los recursos que genere el patrimonio autónomo con la transformación de la materia prima al pago de los créditos otorgados por los beneficiarios y garantizados con el fideicomiso. (Cláusula quinta numeral 8). Así lo reconoce el representante de la Fiducia en su denuncia penal cuando afirma que debido a la apropiación de dineros por parte de Inverquimicas Ltda., se 'ha generado consecuentemente la parálisis de la operatividad del fideicomiso, como tampoco se le ha podido cancelar a los inversionistas con quienes se realizaban las operaciones financieras."

h. Destinar los recursos que genere el patrimonio autónomo con la transformación de la materia prima al pago de los créditos otorgados por los beneficiarios y garantizados con el fideicomiso. (Cláusula quinta numeral 8º).

7. LOS CRÉDITOS DEL CONVOCANTE Y LAS OPERACIONES FINANCIERAS DE LA FIDUCIARIA.

Para el desarrollo del objeto del fideicomiso, la Fiduciaria realizó operaciones financieras consistentes en la obtención de dineros a través de las mesas de dinero con el finalidad de financiar el proceso de transformación de las materias primas y la fabricación de productos para que con el producto de la venta de estos se pagaran las obligaciones adquiridas por cuentas del fideicomiso FA-097.

Los dineros se obtuvieron a través de la intermediación de las mesas de dinero tuvieron la calidad de prestamos o créditos que se otorgaron a la Fiduciaria como administradora del Fideicomiso, la cual acepto un pagaré en blanco con carta de instrucciones y endoso determinadas facturas a favor de cada acreedor.

Ello, hace necesario al tribunal discurrir con base en las pruebas recaudadas, acerca del papel jugado por la convocante en relación con el patrimonio autónomo, cuando destinó unas sumas de dinero al funcionamiento del mismo. Esto es, determinar si tales sumas de dinero fueron entregadas al patrimonio autónomo a título de mutuo o por otra vía distinta como las anotadas atrás.

Aún siendo el contrato de factoring un contrato atípico, es definitivo que el mismo es un contrato por esencia de colaboración y por ello entraña un conjunto de servicios en los que por ejemplo los créditos dice el autor Jaime Alberto Arrubla Paucar, en su obra "**CONTRATOS MERCANTILES TOMO II**", página 171 "[...] nunca se ceden a bajo precio, sino en su valor nominal y en función de tasas de interés aplicables a la financiación. [...]".

Claro es que la sociedad convocante según su objeto social, registrado en el certificado de existencia y representación de la misma que se observa a folios 9 y 10 del cuaderno principal, se dedica al "[...] manejo y desarrollo del patrimonio familiar [...]", siendo las demás actividades allí descritas, simplemente complementarias. Por tal razón, y con observancia de lo anotado en su declaración por el representante legal de la parte demandante, la sociedad "**RODRIGUEZ JIMÉNEZ Y CIA. S. EN C.**" no es definitivamente una sociedad de factoring, ni su objeto era prestar servicios al ente factorado, entendiendo como éste al patrimonio autónomo.

Tampoco podemos concluir de acuerdo a lo probado en el proceso, que la operación realizada entre la convocante y el patrimonio autónomo, lo hubiese sido a título de mero descuento de facturas. Para que esto fuera así, debió haberse probado que las facturas a favor del Fideicomiso habían sido cedidas *pro-solvendo*¹ del patrimonio autónomo a la convocante. Tales facturas con las notas de cesión respectivas nunca figuraron en el proceso arbitral, ni de ellas se hizo efectiva mención. Por ello, tampoco fue esta la operación realizada pues nunca se probó su existencia.

¹ Sin asumir los riesgos del no pago.

Frente a la simple compra de cartera, que es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un precio y la otra, a cambio, se obliga a transferir la titularidad que tiene sobre un crédito contra un tercero, asumiendo el comprador los riesgos inherentes al efectivo recaudo de tal cartera. Aquí, el cedente que sería el patrimonio autónomo, trata de ganar liquidez cediendo su crédito y el cesionario persigue lucrarse con la diferencia existente entre el precio pagado y el importe nominal del crédito. Por consiguiente, claro es que para que este contrato nazca a la vida jurídica, debe igualmente haberse entregado, debidamente cedida, físicamente, alguna o algunas facturas a la sociedad convocante y nada se probó en tal sentido. No pudo tampoco ser ésta la operación realizada entre la convocante y el patrimonio autónomo.

Por el contrario, aparece debidamente probado a folios 11 y 12 del cuaderno principal, que el patrimonio autónomo, constituido por el Fideicomiso FA-097, otorgó a favor de la convocante un pagaré en blanco con su carta de instrucciones para amparar el mutuo o préstamo. Adicionalmente, al rendir su declaración de parte el representante legal de la sociedad **“RODRIGUEZ JIMÉNEZ Y CIA. S. EN C.”** fue enfático en manifestar reiterativamente que “[...] Puntualmente, se le prestó al patrimonio autónomo FA-097 un dinero, soportado esto, en un pagaré que el patrimonio nos emitió a nosotros. Y como fuente de pago, que era lo que iba a cancelar ese pagaré, eran unas facturas que le adeudaban al fideicomiso o al patrimonio autónomo de distintas empresas, a quien este patrimonio autónomo le vendía. [...]”.

En el Acta numero 5 de mayo 25 de 2000 del Comité del Fideicomiso **FA-097**, consta, entre los requisitos de las operaciones de descuento de las facturas, que “las facturas descontadas deberán guardarse en custodia en la Fiduciaria”; “Las facturas serán endosadas con responsabilidad por parte del administrador fiduciario del fideicomiso”; “Se firmará un pagare en blanco con relación de facturas”.

En el Acta número 18 del 5 de diciembre del 2.001 del Comité de Maquila, consta lo siguiente: “El Dr. Dino Amalfi realiza una presentación de la situación actual del fideicomiso Inverquimicas y explica a los presentes que debido al hibrido que se ha manejado frente a los inversionistas y las mesas de dinero se tienen varios puntos a tratar así: Las operaciones no son de factoring: ya que no se traslada el riesgo en la compra, sino que se entregan facturas y/o pagare. Son operaciones de crédito con garantía de facturas. Existe un riesgo frente al contrato y es que no se ha hecho entrega de los certificados de beneficio, si las operaciones se consideran de crédito. En el descuento y la compra existe responsabilidad de quien endosa, salvo que se exprese claramente lo contrario.”

El tribunal considera que la operación financiera realizada por la Fiduciaria fue un contrato de mutuo, cuyos dineros ingresaron al patrimonio autónomo, con un crédito directo instrumentado en una carta de instrucciones con un pagaré en blanco, y garantizado con el flujo proveniente de unas facturas emitidas por el fideicomiso por concepto de la venta de los productos de la maquila.

El crédito otorgado por la convocante a la Fiduciaria como administradora del Fideicomiso FA-097, de acuerdo con la demanda, es por la suma de \$46.592.920, que fue

suministrado por la convocante el 4 de agosto de 2000 y que debió pagarse el 7 de noviembre de 2000. En la respuesta a este hecho, el apoderado de la convocada dice "Es cierto, pero aclaro: Se hizo el desembolso, se garantizo con un pagare en blanco a cargo del fideicomiso (no de la fiduciaria, y así se aclaró expresamente en la antefirma), pero el fideicomitente no suministró los recursos para el pago." Queda demostrada la existencia de este crédito y su desembolso a favor de la Fiduciaria como administradora del Fideicomiso FA-097.

Las facturas del Fideicomiso no pudieron ser objeto de una operación de descuento de cartera o de factoring, ni constituyeron una garantía a favor del acreedor del Fideicomiso. Estas facturas aunque hubieran sido endosadas no fueron entregadas a los acreedores. Ellas quedaron en poder de la Fiduciaria en calidad de custodia. La falta de entrega de las facturas impide que su endoso produzca efectos jurídicos entre el endosante y endosatario.

A lo anterior debe agregarse que las facturas endosadas por la Fiduciaria, que se encontraban en custodia en esta entidad, fueron cobradas por Inversiones Químicas Ltda., desapareciendo los efectos de cualquier tipo de contrato que se hubiera celebrado con relación a ellas, y desapareciendo la garantía constituida a favor del acreedor.

Al examinar el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, que se puede observar entre los folios 40 a 46 del cuaderno principal, vemos como en su cláusula primera define a los **BENEFICIARIOS** como "[...] las personas jurídicas y naturales con las que la sociedad

INVERSIONES QUÍMICAS LTDA. y/o el fideicomiso hayan adquirido o adquirieran obligaciones. [...]”.

Luego, el mismo contrato, en su cláusula sexta precisa como beneficiarios a “[...] las personas naturales o jurídicas, que otorguen créditos o vendan materia prima al FIDEICOMITENTE y/o al fideicomiso. [...]”.

Si la sociedad convocante como en efecto quedó establecido, por cuenta de un contrato de mutuo garantizado en un pagaré, otorgó un crédito al fideicomiso, es innegable que tiene la calidad de beneficiario.

Que para ostentar tal calidad, partiendo de la base de que ha debido presentarse al proceso arbitral un certificado de beneficio, es una conclusión absurda, teniendo en consideración que debe primar entre los contratantes su intención real, y si la fiduciaria no expidió tal certificado a la convocante, no es una carga que se le deba imponer a esta sociedad convocante y con base en ella, desconocerle así la calidad de beneficiario que realmente le asiste.

8. LA RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA

Considera pertinente el tribunal, antes de iniciar el análisis sobre la presunta responsabilidad de la convocada, invocar algunos de los más importantes antecedentes jurisprudenciales referidos a la responsabilidad contractual, la culpa y las obligaciones de medio y resultado. El primero de ellos hace referencia a la sentencia de 31 de mayo de 1938 proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación

Civil, de la cual fue ponente el magistrado Juan Francisco Mujica, que a propósito anota:

“[...] En materia de responsabilidad civil contractual, la división clásica en obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer, y la posterior a esta, en obligaciones positivas o negativas, no proporcionan un método para la solución de los problemas referentes a la culpa y, a la carga de la prueba [...]”.

Débase a la clasificación introducida por Demogue en obligaciones de resultados y en obligaciones de medios (sent. nov. 30/1935, Gaceta Judicial número doble 1.905 y 1.906) el que se haya logrado superar la mayor parte de las dificultades que a ambos aspectos suelen presentarse.

El contenido de cualquier obligación consiste en la prestación que el acreedor puede reclamar al deudor y que este debe suministrar. La prestación, pues, o bien es una conducta del deudor en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad debe producir el deudor a favor del acreedor. Dicho con otras palabras. La obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al deudor a realizar ese hecho o a obtener ese resultado deseado por el acreedor. El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido tienen las características de ser claro, preciso y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. En cambio, en las obligaciones de medios, el deudor únicamente consiente en apartar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretende el acreedor. El deudor solo promete consagrar al logro de un resultado

determinando su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que este se alcance.

La culpa, en materia contractual, continúa siendo la base para la responsabilidad civil. Acontece que en materia contractual, cuando se trata de obligaciones de resultado, la noción de culpa es, si se quiere, menos importante que en el terreno de la responsabilidad delictual, porque es suficiente comprobar el incumplimiento de la obligación, que el resultado no ha sido obtenido por parte del deudor para por esa misma circunstancia quede demostrada la existencia de la culpa contractual: faltar a sus compromisos no es conducta propia de un hombre juicioso, diligente y avisado.

En las obligaciones de medios, el trabajo de apreciación por parte del juzgador es a menudo delicado, porque aquí no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor comprobar la existencia de una inejecución sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa, para lo cual debe compararse la conducta del deudor con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual colocado en la misma situación objetiva de aquel.

En la aplicación de este método el juez goza de una gran libertad, y su severidad para con el deudor de una obligación de medios debe inspirarse en la utilidad social, sin traspasar los límites generales señalados por la doctrina y la jurisprudencia contemporánea, de que en materia de actos ilícitos, como en materia de violación de un contrato, toda negligencia, cualquiera que sea su gravedad, entraña, en principio, la responsabilidad del autor.

El artículo 1757 del Código Civil exige que quien alega una obligación o su extinción debe probar aquella o esta. Cuando se pretende en juicio por el acreedor que el deudor ejecute su obligación, basta a aquel probar la existencia del contrato. No así cuando se demanda la reparación del daño ocasionado por la inejecución consumada de la obligación o por el rehusamiento a ejecutarla que sea equivalente a aquello otro. Es de la presencia de cualquiera de estas dos circunstancias de donde nace la obligación de resarcir el daño, pero no, como erróneamente se sostenía, del contrato. Ello es muy claro: la responsabilidad civil solo nace de la culpa. Esta, que en materia contractual consiste en la violación de la prestación convenida, origina la obligación de reparar el perjuicio. La prestación primitiva queda sustituida por esta otra obligación que surge de la culpa, sin que por ello sea dable confundirlas.

Cuestión muy distinta es la de que la obligación contractual suele aparecer como una condición previa para la culpa y la obligación de reparar como consecuencia de la culpa. De ahí que para la procedencia de la acción encaminada a indemnizar perjuicios contractuales, se requiera, además de la prueba de la obligación contraída, acreditar la violación de esta, porque en esta forma se demuestra al mismo tiempo la existencia de la obligación de indemnizar, cuyo cumplimiento se persigue. Las dos obligaciones son diferentes: La una nace del contrato, la otra de su violación. Esto mismo también se piensa al decir que sus causas son distintas: la de la una, la convención misma; de la otra, la culpa.

La distinta naturaleza por su contenido y origen de los dos géneros dichos de obligaciones, informa el principio jurisprudencial que niega la procedencia de la acción de

indemnización de perjuicios, cuando se ejercita como principal y no como accesoria del incumplimiento o de la resolución del contrato, en todos los casos en que la ejecución de la obligación convencional no se haya hecho jurídicamente imposible. Principio cuya única excepción se halla en la regla del ordinal 3º del artículo 1610 del Código Civil.

Sentado que el acreedor incumbe en términos generales la prueba de la culpa contractual, se distingue para los efectos de su rigor entre las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios. Siendo el incumplimiento del contrato un hecho, todos los medios de prueba son hábiles para establecerlo. Por lo tanto, cuando la obligación es de resultado, es suficiente la prueba del contrato, no por lo ya explicado, debido a que ella para ese caso sea completa, sino porque prácticamente, en el momento de la valoración del material probatorio, queda demostrada la culpa del deudor ante la ausencia de toda prueba en contrario. El deudor puede liberarse de su responsabilidad demostrando el caso fortuito, la fuerza mayor o la existencia de una causa extraña que no le sea imputable. Como se ha visto, las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios son diferentes en cuanto a su contenido... ". (Gaceta judicial, T. XLVI, núm. 1936, págs. 571, 572 y 573).

En cuanto al régimen probatorio en materia de obligaciones de medio y de resultado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 19 de abril de 1993, con ponencia del magistrado Pedro Lafont Pianetta, dijo:

**"[...] en materia probatoria, se distingue
entre las obligaciones de medio y las de**

resultado que pueda conllevar la responsabilidad contractual, para determinar conforme a la misma a quién corresponde la carga de la prueba en cada caso particular.

[...] Si la obligación es de medio allí se debe probar la culpa del deudor o autor del daño, mientras que si es de resultado ella se presume, de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil. Entonces, si se trata de responsabilidad contractual que implique al propio tiempo ejercicio de actividad peligrosa, la exoneración de la carga de probar la culpa depende no de la presunción prevista en el artículo 2356 del Código Civil, sino de que la obligación allí asumida sea de resultado, tal como lo dispone el artículo 1604 ibídem, que es norma de interpretación cabal se deduce que cuando la obligación es de medio sigue gravitando sobre el demandante la carga de probar la culpa del demandado [...]". (Jurisprudencia y Doctrina, T. XXII, 258, Legis, Bogotá, 1993, pág. 532).

Jorge Suescún Melo en su obra "Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo" expresa las siguientes opiniones sobre las obligaciones de medio y de resultado:

"En conclusión, ha de decirse que en nuestro derecho la ingeniosa clasificación de las obligaciones en de medios y de resultados, tiene, como lo ha subrayado un sector de la doctrina, utilidad para determinar el contenido y alcance de las distintas prestaciones y para precisar cuando hay incumplimiento del obligado y en que consiste tal incumplimiento. Pero no tiene esta clasificación la virtualidad

de modificar el régimen común de responsabilidad en lo tocante a la prueba o presunción de culpa, ni respecto a los medios de defensa que pueda plantear el deudor. Es verdad que en las llamadas obligaciones de medio que se presentan, sobre todo, en el cumplimiento defectuoso de la prestación de servicios, el acreedor demandante debe probar la culpa del deudor, lo que representa una excepción al régimen común de responsabilidad contractual, en el cual se presume la culpa del deudor en caso de incumplimiento de la prestación. Sin embargo, este efecto particular se produce, no porque una norma especial lo disponga, sino por el hecho de que, en estas obligaciones, debiendo el demandante probar el incumplimiento del demandado –prueba que es necesario y posible- demuestra con ello mismo y de manera automática la culpa del obligado, pues inejecución y culpa se confunden en este caso.” (Pág. 413 Tomo I).

La responsabilidad contractual por incumplimiento del contrato exige un juicio de referencia mediante el cual el juzgador pueda establecer las obligaciones que fueron pactadas y frente a ellas la conducta desplegada por el deudor, para verificar si lo hizo en los términos pactados; solo en la medida en que dicha conducta no hubiere satisfecho plenamente las obligaciones surgidas del contrato se genera para el deudor el deber de responder por tal infracción. La responsabilidad contractual exige que haya una identidad entre las obligaciones pactadas y las obligaciones incumplidas.

La jurisprudencia y la doctrina son unánimes en considerar como elementos esenciales y comunes a la responsabilidad contractual y extracontractual, el comportamiento lesivo del demandado, el daño padecido por el demandante y el nexo de

causalidad entre uno y otro. La relación de causalidad es un presupuesto de la responsabilidad civil en el sentido de tener que existir un vínculo jurídico entre la actividad del deudor y el perjuicio causado al acreedor.

La orientación de la doctrina jurídica en general y recientemente nuestra jurisprudencia, luego de superar los estadios de las llamadas "Teoría de la equivalencia de condiciones" y de la "causalidad próxima" se orientan equilibradamente por la de la causalidad adecuada. Encarna Rocca, tratadista en el tema de derecho de daños explica:

"[...] se considera que cuando ocurren diversos acontecimientos, todos ellos susceptibles de haber producido el resultado dañoso se atribuye relevancia a aquel que sería la causa que normalmente debe haber producido el daño. Por tanto, una persona responde solo si su conducta ha tenido el carácter de causa generadora del mismo. Todos los demás acontecimientos que hayan podido suceder, solo son periféricos e irrelevantes para determinar quién debe responder por el daño causado. En otros términos, se pide si la conducta del autor del acto es apropiada para la producción de un resultado de una clase dada y determinada y, tan solo en el caso de que la afirmación fuere afirmativa cabría apreciar la existencia del nexo causal para la exigencia de responsabilidad. [...]"

Desde el punto de vista jurídico solo se considera causa del daño aquel fenómeno sin el cual el daño no se habría producido: *conditio sine qua non* del daño; ello significa que si, en el caso concreto, el juez llega a la convicción de que el

daño de todas maneras se habría producido así no hubiera concurrido la culpa del demandado, entonces este no se considera causante del daño.

Un fallo de la Corte de 17 de septiembre de 1935, al referirse a este problema expresa:

“[...] si una culpa que parece relacionada con el perjuicio esta plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado así esa culpa no se hubiere cometido, no habrá relación de causalidad ni consiguiente derecho de parte del perjudicado a la reparación. [...]”

La jurisprudencia colombiana ha sido errática en sus pronunciamientos sobre la adopción de una teoría en materia de relación de causalidad frente al daño como fuente de responsabilidad. Sin embargo en los últimos tiempos ha adoptado la teoría de la causalidad adecuada, consignada de manera categórica en el fallo de casación de 30 de marzo de 1993, pronunciado en el proceso ordinario de Gómez Vélez y otros vs. Covitec Ltda.

Esta demostrado que la Fiduciaria incumplió con las obligaciones que adquirido en el Contrato de Fiducia, que su administración fue deficiente, que no actuó con la necesaria diligencia en la protección y conservación de los bienes del fideicomiso que fueron objeto de actuaciones indebidas por parte del fideicomitente Inversiones Químicas Ltda., que no adoptó las medidas necesarias para amparar con contratos de seguro los bienes del fideicomiso contra los riesgos de perdida, que no ejerció en forma inmediata acciones positivas y efectivas para impedir que Inversiones Químicas consignara en

sus propias cuentas los dineros del fideicomiso, que no ejerció un control y una supervisión permanente en las operaciones de maquila y en la comercialización y recaudo de los dineros de las ventas.

La apropiación de los dineros por parte de Inversiones Químicas Ltda., según lo reconoce el representante de la Fiduciaria el denuncia penal presentado contra los administradores de esta sociedad, fue la causa que generó "la parálisis de la operatividad del Fideicomiso, como tampoco se le ha podido cancelar a los inversionistas con quienes se realizaban operaciones financieras".

La administración del fideicomiso que tiene por objeto un contrato de maquila para vender sus productos, requiere un control y un seguimiento eficaz y permanente para prevenir e impedir que el contratista maquilador se apropie de los dineros producto de las ventas y las lleve a sus cuentas, que fue lo que ocurrió en este caso. Esta falta de controles y de supervisión dio lugar a las conductas que realizó Inversiones Químicas, mediante las cuales esta se apropió, según la denuncia penal, de la suma de \$388.250.318 con corte a febrero 28 de 2002, "quedando pendiente una serie de información que se encuentra en poder de la precitada sociedad que se ha negado a suministrarla." La administración de la Fiduciaria fue tan deficiente que no tuvo la información necesaria para precisar cual fue el monto de las sumas que fueron depositados en las cuentas de Inversiones Químicas Ltda., pues según reconoce la Fiducia, esa información se encuentra en poder de esta empresa.

El tribunal concluye que el incumplimiento de las obligaciones de la Fiduciaria y la culpa de ésta, que produjo la pérdida de los dineros del Fideicomiso, se constituyó en la causa eficiente para que se generaran los perjuicios a los beneficiarios, particularmente a la sociedad convocante. Fue tal razón, la que constituyó la causalidad adecuada para el daño finalmente sufrido por la convocante.

9. EXCEPCIONES DE MERITO

1. Falta de jurisdicción.

El Tribunal estudió y definió que tiene jurisdicción para administrar justicia en el presente proceso.

2. Falta de Competencia.

El Tribunal declaró su competencia para conocer de este negocio que se resuelve mediante un proceso de conocimiento y no de un ejecutivo, por las razones que ha expuesto en el este Laudo.

3. Ausencia de legitimación en causa por activa y por pasiva.

El Tribunal considera que la existencia de un contrato de mutuo que se celebró entre las sociedades convocante y convocada, ésta última como administradora del Fideicomiso **FA-097**, no impide que se ejerzan la acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de la

Fiduciaria. La responsabilidad de la Fiduciaria existe en cuanto ella administra un fideicomiso, y si hay incumplimiento de sus obligaciones, y por consiguiente culpa de la Fiduciaria, esta debe responder de los perjuicios que cause.

4. Ausencia de tutela jurídica para el ejercicio de la acción por la demandante.

Existe una tutela jurídica para el demandante que puede accionar contra la Fiduciaria por los actos que esta ejecuta como administradora del Fideicomiso cuando ellos causan perjuicios a un beneficiario del fideicomiso. La Fiduciaria responde por los daños que ella cause, sin que exista una exoneración de su responsabilidad por el hecho de ser administradora de un fideicomiso.

5. Inexistencia de obligaciones a cargo de Acción Fiduciaria (antes FES) y a favor de la demandante.

Se resuelve esta excepción con las razones dadas en el punto anterior, pues se trata del mismo tema.

6. Inexistencia de responsabilidad.

El Tribunal se remite a las razones expuestas en este Laudo sobre la responsabilidad de la Fiduciaria.

7. Ausencia del derecho sustancial y, por ende, estructuración por la demandante de un enriquecimiento sin causa a su favor.

Si hay derecho sustancial en una demanda de perjuicios cuando esta acción se dirige contra la persona que ha ocasionado el daño, incumpliendo las obligaciones a su cargo. El derecho sustancial esta contenido en el contrato de Fiducia y en las obligaciones que adquirió la Fiduciaria como administradora del Fideicomiso. No puede existir enriquecimiento sin causa a favor de la convocante porque este fenómeno jurídico se da cuando no hay contrato, y aquí el objeto de la controversia se refiere al incumplimiento contractual y a la culpa de la Fiduciaria.

8. Modificación del contrato por cambio de objeto con efectos novatorios.

No hay novación del contrato de fiducia. Para el desarrollo del objeto de la fiducia se pactó que la Fiduciaria celebraría un contrato de maquila y comercialización de productos, lo cual no puede considerarse como un contrato que haya modificado el objeto de la fiducia.

9. La demanda hace imputaciones de responsabilidad por obligaciones a cargo del fideicomitente.

En este Laudo se ha explicado y analizado la responsabilidad de la Fiduciaria en el cumplimiento del contrato de fiducia, y por lo tanto, nos remitimos a las razones expuestas.

10. Inexistencia de obligaciones de resultado a cargo de la Fiduciaria.

En el Laudo se hace un análisis y una descripción de los hechos demostrados en el proceso sobre las obligaciones de la

Fiduciaria, su incumplimiento y su culpa, lo cual genera un perjuicio a favor de la parte convocante. Las obligaciones de medio no tienen el efecto de exonerar al deudor de su responsabilidad en el cumplimiento de las mismas, con los perjuicios que se causen.

11. Cobro indebido de perjuicios.

No hay cobro indebido de perjuicios por parte del convocante quien tiene la calidad de parte en el contrato por ser beneficiario de la fiducia, como se explicó en este Laudo.

12. La fiduciaria no celebró operaciones de crédito con el convocante, ni frente al mismo garantizó pagos.

En este laudo se ha hecho un examen de las operaciones financieras realizadas por la Fiduciaria, la calidad de beneficiario de la convocante y la responsabilidad de la Fiduciaria en la administración del fideicomiso.

13. El convocante asumió un riesgo de crédito.

No está demostrado que la sociedad convocante haya asumido el riesgo de crédito. Lo que si está demostrado es que la Fiduciaria como administradora del fideicomiso celebró contrato de mutuo con la convocante y recibió el dinero que ésta le prestó. La responsabilidad de la Fiduciaria está descrita y definida en el presente Laudo, al cual se remite al Tribunal.

14. Inexistencia de responsabilidad de la fiduciaria por los hechos solo imputables al fideicomitente.

Está determinada y definida la responsabilidad de la Fiduciaria en este Laudo, con las razones que se han expuesto, a las cuales se hace referencia para dar respuesta a esta excepción.

15. La genérica o innominada.

El Tribunal no ha encontrado otras excepciones a las numerosas que ha formulado la parte convocada.

X. PERJUICIOS

Conforme a lo expuesto en este laudo arbitral, corresponde determinar el valor de la condena a favor de la sociedad comercial "**RODRIGUEZ JIMÉNEZ Y COMPAÑÍA S. EN C.**" y a cargo de "**ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**", para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente:

El daño sufrido resulta ser el valor de la suma entregada por la convocante, como aporte al fideicomiso, el día cuatro (4) de agosto del año dos mil (2.000), equivalente al valor o suma total de **CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTE PESOS M/C (\$46´592.920,00)** como daño emergente, y como lucro cesante la suma que resulte de aplicar la tasa del interés corriente bancario a la cantidad anterior, desde el siete (7) de noviembre de dos mil (2.000), hasta la fecha del presente laudo arbitral.

Para tal efecto, se realiza la siguiente liquidación:

	VIGENCIA Y PERIODO DE LIQUIDACION					
RES. CORRIENTE BANCARIO	DESDE	HASTA	CORRIENTE BANCARIO	VALOR DE CAPITAL A LIQUIDAR	PORCENTAJE INTERES MENSUAL O BIMENSUAL MAXIMO	VALOR PESOS INTERES MENSUAL
1666	07-nov-00	30-nov-00	23,80%	46.592.920,00	1,9833%	\$739.274,32
1847	01-dic-00	31-dic-00	23,69%	46.592.920,00	1,9742%	\$919.821,90
2030	01-ene-01	31-ene-01	24,16%	46.592.920,00	2,0133%	\$938.070,79
202	01-feb-01	28-feb-01	26,03%	46.592.920,00	2,1692%	\$1.010.678,09
90	01-mar-01	31-mar-01	25,11%	46.592.920,00	2,0925%	\$974.956,85
1319	01-abr-01	30-abr-01	24,83%	46.592.920,00	2,0692%	\$964.085,17
426	01-may-01	31-may-01	24,24%	46.592.920,00	2,0200%	\$941.176,98
536	01-jun-01	30-jun-01	25,17%	46.592.920,00	2,0975%	\$977.286,50
669	01-jul-01	31-jul-01	26,08%	46.592.920,00	2,1733%	\$1.012.619,46
818	01-ago-01	31-ago-01	24,25%	46.592.920,00	2,0208%	\$941.565,26
954	01-sep-01	30-sep-01	23,06%	46.592.920,00	1,9217%	\$895.360,61
1090	01-oct-01	31-oct-01	23,22%	46.592.920,00	1,9350%	\$901.573,00
1224	01-nov-01	30-nov-01	22,98%	46.592.920,00	1,9150%	\$892.254,42
1380	01-dic-01	31-dic-01	22,48%	46.592.920,00	1,8733%	\$872.840,70
1544	01-ene-02	31-ene-02	22,81%	46.592.920,00	1,9008%	\$885.653,75
93	01-feb-02	28-feb-02	22,35%	46.592.920,00	1,8625%	\$867.793,14
239	01-mar-02	31-mar-02	20,97%	46.592.920,00	1,7475%	\$814.211,28
366	01-abr-02	30-abr-02	21,03%	46.592.920,00	1,7525%	\$816.540,92
476	01-may-02	31-may-02	20,00%	46.592.920,00	1,6667%	\$776.548,67
585	01-jun-02	30-jun-02	19,96%	46.592.920,00	1,6633%	\$774.995,57
726	01-jul-02	31-jul-02	19,77%	46.592.920,00	1,6475%	\$767.618,36
847	01-ago-02	31-ago-02	20,01%	46.592.920,00	1,6675%	\$776.936,94
966	01-sep-02	30-sep-02	20,18%	46.592.920,00	1,6817%	\$783.537,60
1106	01-oct-02	31-oct-02	20,30%	46.592.920,00	1,6917%	\$788.196,90
1247	01-nov-02	30-nov-02	19,76%	46.592.920,00	1,6467%	\$767.230,08
1368	01-dic-02	31-dic-02	19,69%	46.592.920,00	1,6408%	\$764.512,16
1557	01-ene-03	31-ene-03	19,64%	46.592.920,00	1,6367%	\$762.570,79
69	01-feb-03	28-feb-03	19,78%	46.592.920,00	1,6483%	\$768.006,63
195	01-mar-03	31-mar-03	19,49%	46.592.920,00	1,6242%	\$756.746,68
290	01-abr-03	30-abr-03	19,81%	46.592.920,00	1,6508%	\$769.171,45
386	01-may-03	31-may-03	19,89%	46.592.920,00	1,6575%	\$772.277,65
521	01-jun-03	30-jun-03	19,20%	46.592.920,00	1,6000%	\$745.486,72
636	01-jul-03	31-jul-03	19,44%	46.592.920,00	1,6200%	\$754.805,30
772	01-ago-03	31-ago-03	19,88%	46.592.920,00	1,6567%	\$771.889,37
881	01-sep-03	30-sep-03	20,12%	46.592.920,00	1,6767%	\$781.207,96
1038	01-oct-03	31-oct-03	20,04%	46.592.920,00	1,6700%	\$778.101,76
1152	01-nov-03	30-nov-03	19,87%	46.592.920,00	1,6558%	\$771.501,10
1315	01-dic-03	31-dic-03	19,81%	46.592.920,00	1,6508%	\$769.171,45
1531	01-ene-04	31-ene-04	19,67%	46.592.920,00	1,6392%	\$763.735,61
68	01-feb-04	29-feb-04	19,74%	46.592.920,00	1,6450%	\$766.453,53
155	01-mar-04	31-mar-04	19,80%	46.592.920,00	1,6500%	\$768.783,18
257	01-abr-04	30-abr-04	19,78%	46.592.920,00	1,6483%	\$768.006,63
1128	01-may-04	31-may-04	19,71%	46.592.920,00	1,6425%	\$765.288,71
1228	01-jun-04	30-jun-04	19,67%	46.592.920,00	1,6392%	\$763.735,61
1337	01-jul-04	31-jul-04	19,44%	46.592.920,00	1,6200%	\$754.805,30
1438	01-ago-04	31-ago-04	19,28%	46.592.920,00	1,6067%	\$748.592,91
1527	01-sep-04	30-sep-04	19,50%	46.592.920,00	1,6250%	\$757.134,95
1648	01-oct-04	31-oct-04	19,09%	46.592.920,00	1,5908%	\$741.215,70
1753	01-nov-04	30-nov-04	19,59%	46.592.920,00	1,6325%	\$760.629,42
1890	01-dic-04	31-dic-04	19,49%	46.592.920,00	1,6242%	\$756.746,68
2037	01-ene-05	31-ene-05	19,45%	46.592.920,00	1,6208%	\$755.193,58
266	01-feb-05	28-feb-05	19,68%	46.592.920,00	1,6400%	\$764.123,89
386	01-mar-05	31-mar-05	19,15%	46.592.920,00	1,5958%	\$743.545,35
567	01-abr-05	30-abr-05	19,19%	46.592.920,00	1,5992%	\$745.098,45
663	01-may-05	31-may-05	19,02%	46.592.920,00	1,5850%	\$738.497,78

803	01-jun-05	30-jun-05	18,85%	46.592.920,00	1,5708%	\$731.897,12
948	01-jul-05	31-jul-05	18,50%	46.592.920,00	1,5417%	\$718.307,52
1101	01-ago-05	31-ago-05	18,24%	46.592.920,00	1,5200%	\$708.212,38
1257	01-sep-05	30-sep-05	18,22%	46.592.920,00	1,5183%	\$707.435,84
1487	01-oct-05	31-oct-05	17,93%	46.592.920,00	1,4942%	\$696.175,88
1960	01-nov-05	30-nov-05	17,81%	46.592.920,00	1,4842%	\$691.516,59
0008	01-dic-05	31-dic-05	17,49%	46.592.920,00	1,4575%	\$679.091,81
290	01-ene-06	31-ene-06	17,35%	46.592.920,00	1,4458%	\$673.655,97
206	01-feb-06	28-feb-06	17,51%	46.592.920,00	1,4592%	\$679.868,36
349	01-mar-06	31-mar-06	17,25%	46.592.920,00	1,4375%	\$669.773,23
633	01-abr-06	30-abr-06	16,75%	46.592.920,00	1,3958%	\$650.359,51
748	01-may-06	31-may-06	16,07%	46.592.920,00	1,3392%	\$623.956,85
887	01-jun-06	30-jun-06	15,61%	46.592.920,00	1,3008%	\$606.096,23
1103	01-jul-06	31-jul-06	15,08%	46.592.920,00	1,2567%	\$585.517,69
1305	01-ago-06	31-ago-06	15,02%	46.592.920,00	1,2517%	\$583.188,05
1468	01-sep-06	30-sep-06	15,02%	46.592.920,00	1,2517%	\$583.188,05
1715	01-oct-06	31-oct-06	15,07%	46.592.920,00	1,2558%	\$585.129,42
1715	01-nov-06	28-nov-06	15,07%	46.592.920,00	1,2558%	\$546.120,79
						\$56.347.354,87

XI. COSTAS

El tribunal, con fundamento en lo previsto por el artículo 154 del Decreto 1.818 de 1.998, liquida las costas del proceso así:

El tribunal fija el valor de las agencias en derecho en una suma equivalente a **CINCO MILLONES DE PESOS M/C (\$5´000.000,00).**

En relación con las costas del proceso, éstas se liquidan por el tribunal como sigue:

- a)** Por concepto del valor pagado por la sociedad convocante por concepto de honorarios de los árbitros, de la secretaria, gastos de funcionamiento del tribunal y costos de administración de la cámara de comercio, la suma total y única de **SIETE MILLONES CINCUENTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA PESOS M/C (\$7´051.590,00).**

- b)** Por agencias en derecho estimadas por el tribunal, la suma total y única de **CINCO MILLONES DE PESOS M/C (\$5´000.000,00)**.

DECISIÓN

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, el tribunal de arbitramento constituido para decidir en derecho las diferencias surgidas entre las sociedades comerciales **“RODRIGUEZ JIMÉNEZ Y CIA. S. EN C.”** de una parte, y de la otra, **“ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.”**, mediante decisión unánime, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar que **“FIDUCIARIA FES S.A. – FIDUFES”**, hoy **“ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.”**, incumplió el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago celebrado el cinco (5) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1.999), entre la sociedad “inversiones químicas Ltda.” y **“FIDUCIARIA FES S.A. – FIDUFES”** documento por el cual se constituyó el fideicomiso **“FA-097 INVERSIONES QUÍMICAS”**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. Condenar a la sociedad **“ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.”**, a pagar a la convocante **“RODRIGUEZ JIMÉNEZ Y CIA. S. EN C.”**, los perjuicios causados por su incumplimiento por concepto de daño emergente la suma de **CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTE PESOS M/C**

(\$46´592.920,00) y por lucro cesante la suma de **CINCUENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE. (\$56`347.354,87)**, los cuales deberán pagarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo.

3. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la sociedad convocada.

4. Condenar a la sociedad **"ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A."**, a pagar a la demandante, **"RODRIGUEZ JIMÉNEZ Y CIA. S. EN C."**, las costas causadas en el proceso que según la liquidación efectuada ascienden a **DOCE MILLONES CINCUENTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA PESOS M/C (\$12´051.590,00)**.

5. Expídase por secretaría copia auténtica de este laudo a cada una de las partes.

6. Protocolícese el expediente en una notaría del Círculo Notarial de Santiago de Cali (Valle del Cauca) y devuélvanse a las partes las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, una vez deducidos los que se hayan hecho dentro del proceso.

Notifíquese y cúmplase.

LA PRESIDENTE DEL TRIBUNAL,

LUZBIAN GUTIERREZ MARIN.

ARBITRO,

RODRIGO PALAU ERAZO.

ARBITRO,

LUIS FELIPE GONZALEZ GUZMAN.

LA SECRETARIA,

MARIA DEL PILAR SALAZAR SANCHEZ.

LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

C E R T I F I C A:

Que el presente documento es COPIA AUTENTICA tomada de su original. Consta de sesenta y ocho (68) hojas.

Cali, 28 de Noviembre de 2.006.

LA SECRETARIA,

MARIA DEL PILAR SALAZAR SANCHEZ.