

## Tribunal de Arbitramento

Santafé de Bogotá, D.C., octubre catorce (14) de mil novecientos noventa y tres (1993). Siendo las dos y treinta pasado meridiano (2.30 p.m.), del día señalado en auto del diez (10) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993), el Tribunal de Arbitramento convocado por Bloch Niño & Cía. S. en C.-Blomag S. en C., en adelante Bloch Niño, contra Fiduciaria Colmena S.A, en lo sucesivo Fiduciaria Colmena, integrado por los árbitros doctores Ramiro Bejarano Guzmán, quien lo preside, Ximena Tapias Delporte y Darío Laguado Monsalve, y por el secretario doctor Enrique Laverde Gutiérrez, en virtud de haberse agotado íntegramente la instrucción, y después de oídas las alegaciones de las partes, y no observándose causal de nulidad que invalide el trámite surtido, profiere el siguiente

### Laudo

#### I. Antecedentes

1. El contrato, el pacto arbitral, la integración, el funcionamiento del tribunal y la duración del proceso

Mediante escritura pública 549 del 22 de febrero de 1988 de la Notaría 25 de Bogotá, el señor Alfred Bloch Dietzel, en su propio nombre, como constituyente, y Fiduciaria Colmena como fiduciaria, suscribieron un contrato de fiducia mercantil, en desarrollo del contrato de fiducia mercantil de carácter inmobiliario, celebrado entre el Grupo 100 Ltda. y Fiduciaria Colmena S.A. consignado en la escritura pública 4.060 del 16 de diciembre de 1987 de la Notaría 25 de Bogotá. En virtud del último de los contratos mencionados, el Grupo 100 Ltda. en calidad de fideicomitente, transfirió en favor de Fiduciaria Colmena S.A., en su condición de fiduciaria, a título de fiducia mercantil, los estudios, planos, presupuestos y los inmuebles en los que debía adelantarse la construcción del edificio denominado World Trade Center Bogotá-Cien Internacional. Como se dijo, el señor Alfred Bloch Dietzel, como constituyente celebró el contrato de fiducia mercantil consignado en la escritura pública 549 del 22 de febrero de 1988 de la Notaría 25 de Bogotá, en desarrollo de la fiducia inmobiliaria, con el objeto principal de que en los inmuebles transferidos a la fiduciaria se adelantara la construcción de la III etapa del referido edificio World Trade Center Bogotá-Cien Internacional. La construcción de esta III etapa, como la de las dos anteriores, se adelantaría con los dineros provenientes de los constituyentes que celebrarán los respectivos contratos de fiducia mercantil, de manera que una vez concluida la construcción, se les transfiriera a título de beneficio las unidades resultantes de la misma.

En el caso específico del señor Alfred Bloch Dietzel, se celebró el contrato de fiducia mercantil, con el propósito de que al término de la construcción de la III etapa, la fiduciaria le transfiriera el dominio del piso 9 y los garajes S1-242 al 254, S1-268, S1-269, S1-294 al 301, respectivamente. A su turno el señor Alfred Bloch Dietzel, aportaría o pagaría a la fiduciaria la suma de cuatrocientos treinta y cuatro millones doscientos treinta y siete mil seiscientos veintiocho pesos moneda corriente (\$ 434.237.628), en la siguiente forma:

- a) La suma de un millón de pesos moneda corriente (\$ 1.000.000 mcte.), dentro de los cinco días siguientes a la fecha de iniciación de la fase de construcción, cantidad que la fiduciaria destinaría al pago del beneficio estipulado en la cláusula sexta de la escritura pública 4060 del 16 de diciembre de 1987 de la Notaría 25 de Bogotá;
- b) La suma de doscientos veintidós millones ochocientos cincuenta mil doscientos cuarenta y ocho pesos moneda corriente (\$ 222.850.248 mcte.), en nueve cuotas mensuales de nueve millones doscientos ochenta y cinco mil cuatrocientos veintisiete mil pesos moneda corriente (\$ 9.285.427 mcte.), cada una, la primera el 8 de abril de

1988, la segunda el 8 de abril (sic) y así sucesivamente hasta completar veinticuatro el día 8 de febrero de 1990, y

c) La suma de doscientos diez millones trescientos ochenta y siete mil trescientos ochenta y un pesos moneda corriente (\$ 210.387.381) el día 8 de marzo de 1990, según se lee en la cláusula cuarta del contrato consignado en la escritura pública 549 del 22 de febrero de 1988 de la Notaría 25 de Bogotá. Para este pago, Alfred Bloch Dietzel, podía subrogarse en el crédito de construcción aprobado al proyecto por la Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena S.A.

Además de estos pagos el señor Alfred Bloch Dietzel, de acuerdo con el parágrafo 1° de la cláusula cuarta del referido contrato, se obligó "... a cancelar los ajustes que resultaren a su cargo por mayor valor de la construcción y otros imprevistos, en forma proporcional a su participación en el negocio, estos ajustes deberán estar aprobados por la asamblea de constituyentes y certificados por la interventoría, antes de ser distribuidos entre los constituyentes, no teniendo la fiduciaria ingerencia (sic) en las modificaciones de las cuotas antes indicadas, toda vez que su función radica en administrar los dineros, destinándolos a la construcción de acuerdo en un todo con los documentos mencionados con anterioridad y aprobados por el constituyente.

Posteriormente, el señor Alfred Bloch Dietzel mediante escritura pública 4319 del 26 de septiembre de 1991 de la Notaría 25 de Bogotá, suscrita también por la fiduciaria, cedió en forma irrevocable la totalidad de los derechos y obligaciones a su cargo en el contrato de fiducia mercantil consignado en la escritura pública 549 del 22 de febrero de 1988 de la misma notaría, a la Sociedad Bloch Niño y Cía. S. en C.

En la cláusula vigésimo séptima de la escritura pública 549 del 22 de febrero de 1988 de la Notaría 25 de Bogotá, contentiva del contrato de fiducia, se incluyó la siguiente cláusula compromisoria:

“Arbitramento diferencia

Las diferencias entre las partes con ocasión de la formación, terminación, liquidación o interpretación de este contrato, salvo que se trate de procesos de ejecución, se decidirán por arbitradores que fallarán en derecho de acuerdo con lo alegado y aprobado (sic) en el respectivo proceso. El tribunal estará integrado por tres árbitros que serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de las partes y serán ciudadanos colombianos. En lo contemplado aquí, los arbitramentos que ocurrieren se registrarán por lo dispuesto en el título III del libro sexto del Código del Comercio”.

Atendiendo los términos del precitado pacto arbitral, consignado al igual que el contrato en documento público, la Sociedad Bloch Niño & Cía. S. en C., por conducto de apoderado judicial, presentó el 8 de febrero de 1993, demanda contra Fiduciaria Colmena S.A. ante el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, a efectos de que previos los trámites legales, un Tribunal de Arbitramento dirimiera en derecho las diferencias planteadas en los hechos y pretensiones, que en adelante se consignarán.

El Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante providencia del 12 de febrero de 1993, notificada al demandante por anotación en el estado 13 del 16 de febrero del mismo año (Cfr. cdno. ppal., fls. 108 y 109), admitió la demanda presentada. La entidad convocada al proceso se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda, el 22 de febrero de 1993 (Cfr. cdno. ppal., fl. 110 vto.), y también por conducto de apoderado contestó oportunamente la demanda, en los términos que adelante se precisarán, oponiéndose a las súplicas de la demanda, y formulando excepciones previas de inepta demanda y la de no integración del litis consorcio necesario. De estas excepciones previas se corrió traslado a la parte actora, mediante providencia del 11 de marzo de 1993, notificada por anotación en el

estado 21 del 15 de marzo (Cfr. cdno. ppal., fl. 121), habiéndose agotado oportunamente el mismo por la sociedad demandante. No obstante, el excepcionante desistió de las excepciones previas, como así se referirá al expresarse lo acaecido en la primera audiencia de trámite.

En el escrito de contestación a la demanda, no se incluyó un acápite o capítulo para formular, denominar o sustentar las excepciones de mérito, lo que debió resultar determinante para que el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, no corriera traslado al actor para solicitar el decreto y práctica de pruebas adicionales, a pesar de la oposición a las súplicas de la demanda. No obstante que el centro de arbitraje y conciliación mercantiles incurrió en tal omisión, la parte actora al no formular reparo alguno, saneó el potencial vicio, que en todo caso, el tribunal controló en extremo, decretando numerosas pruebas, como se desprende de las piezas procesales.

Surtido el trámite inicial del proceso, el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante providencia sin fecha pero notificada por anotación en el estado del 25 de marzo de 1993 (Cfr. cdno. ppal., fl. 116), convocó a las partes a una audiencia de conciliación que tuvo lugar en su sede el 1º de abril de 1993, sin que en tal oportunidad hubieran podido avenirse las diferencias existentes entre ellas (Cfr. cdno. ppal., fls. 135 y 136).

Previamente a la realización de la audiencia de conciliación, la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante comunicación del 18 de marzo de 1993 2-050/93 dirigida por el doctor Luis Fernando Rodríguez Naranjo al doctor Delio Gómez L., comunicó que había integrado el Tribunal de Arbitramento en este proceso así: principales: María Patricia Silva Arango, Darío Laguado Monsalve y Fernando Santos Silva; suplentes: Darío Vallejo Jaramillo, Bernardo Rebellón y Gustavo Tobón Londoño (Cfr. cdno. ppal., fl. 115). No obstante los apoderados de las partes, facultados para nombrar o designar los árbitros, de común acuerdo, mediante escrito presentado precisamente el día en el que tuvo lugar la fracasada audiencia de conciliación (Cfr. cdno. ppal., fl. 134), decidieron sustituir a dos de los árbitros designados, por los doctores Ximena Tapias Delporte y Ramiro Bejarano Guzmán, quienes, en consecuencia, con el doctor Darío Laguado Monsalve, vinieron a integrar el Tribunal de Arbitramento, dado que habiendo sido notificados de la designación, oportunamente aceptaron los nombramientos (Cfr. cdno. ppal., fls. 131, 2 y 3).

El Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante providencia del 21 de abril de 1993, notificada por anotación en el estado 30 del 23 de abril, señaló el 3 de mayo de 1993, para llevar a cabo la instalación del tribunal. En efecto, el día y hora señalados, en presencia de la directora (E) del centro de arbitraje y conciliación mercantiles y de los apoderados de las partes, el tribunal profirió auto en el que se declaró instalado, designó como presidente al doctor Ramiro Bejarano Guzmán, fijó la suma de honorarios y gastos que debían ser consignados por las partes, designó como su secretario al doctor Enrique Laverde Gutiérrez, ordenó notificar de la existencia de este proceso y la integración del Tribunal de Arbitramento a la Procuraduría General de la Nación, y adoptó las demás medidas pertinentes.

Oportunamente el secretario designado aceptó el nombramiento tomando posesión del cargo (Cfr. cdno. ppal., fl. 145 y 29), y las partes depositaron a órdenes del presidente las sumas a su cargo, por concepto de los honorarios de los árbitros y del secretario, y los gastos de funcionamiento del tribunal. Así mismo, la secretaría dio cumplimiento a lo dispuesto en el acto de instalación, comunicando la existencia del proceso y la integración del tribunal a la Procuraduría General de la Nación, autoridad que dio

respuesta mediante oficio D.C. 002787 del 28 de julio de 1993, suscrito por el doctor Hugo Germán Clavijo Pinzón, secretario de la procuraduría delegada en lo civil (cdno. ppal. 1, fls. 177 y 196).

Mediante auto del 27 de mayo de 1993, el tribunal convocó a las partes para el 10 de junio de 1993 a la primera audiencia de trámite, la que efectivamente se inició y concluyó el mismo día.

En esta primera audiencia de trámite (Cfr. cdno. ppal., fls. 31 a 39) se dio lectura a la cláusula compromisoria, a las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, ante lo cual el tribunal se declaró competente para conocer y dirimir la controversia, mediante providencia que no fue impugnada por ninguna de las partes. Acto seguido, el tribunal aceptó el desistimiento que el apoderado de la parte demandada hizo de las excepciones previas presentadas, sin condena en costas por la coadyuvancia de su contraparte. Y en la parte final de la referida primera audiencia de trámite, el tribunal decretó la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes y algunas de oficio, a las que adelante se hará expresa mención.

En consecuencia, como en el pacto arbitral no se hizo mención del término de duración del proceso, conforme a la ley, este es de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, lo que significa que si ella tuvo lugar el 10 de junio de 1993, el plazo de duración de este proceso precluye el próximo 10 de diciembre de 1993. Como se aprecia, con holgura el tribunal ha atendido los términos dentro de los cuales está investido de jurisdicción y competencia para decidir este conflicto.

## 2. De los hechos, de las pretensiones y de las excepciones de mérito

Para efectos de que con claridad se incluyan en el laudo los hechos planteados por las partes, el tribunal considera pertinente consignarlos no solo textualmente sino en forma intercalada, indicándose primero el hecho como se presentó en la demanda y a continuación la respuesta dada en la contestación, así:

“1. La Fiduciaria Colmena S.A. y el señor Alfred Bloch Dietzel celebraron el día 22 de febrero de 1988 un contrato de fiducia, por medio del cual la fiduciaria se obligó a transferirle por escritura pública el pleno derecho de dominio sobre el piso 92 y los garajes S1-242, S1-243, S1-244, S1-245, S1-246, S1-247, S1-248, S1-249, S1-250, S1-251, S1-252, S1-253, S1-254, S1-268, S1-269, S1-294, S2-295, S2-296, S2-297, S2-298, S2-300 y S2-301, de la tercera etapa del edificio denominado World Trade Center Bogotá-Cien Internacional, de esta ciudad, tal como consta en la escritura pública 549 de 22 de febrero de 1988, otorgada en la Notaría 25 de esta ciudad”.

“1. Ciertamente pero incompleto porque:

a) Se trata de fiducias mercantiles, que implican la constitución de patrimonios autónomos que fueron los obligados, y

b) La fiduciaria no actuaba en su propio nombre, ni en beneficio de su propio patrimonio, sino en cuanto personera o vocera de dos fideicomisos mercantiles.

“2. Como contraprestación, Alfred Bloch se obligó a pagar a la Fiduciaria Colmena S.A. la suma de \$ 434.237.628 de la siguiente manera:

a) \$ 1.000.000 a la firma de la escritura;

b) \$ 222.850.248 en 24 cuotas mensuales de \$ 9.285.427, cada una, desde el día 8 de marzo de 1988 hasta el día 8 de febrero de 1990, y

c) \$ 210.387.381 el 8 de marzo de 1990, mediante la subrogación de un crédito hipotecario con la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena S.A”.

“2. Ciertamente pero incompleto, porque el señor Alfred Bloch también se obligó a reconocer todos los accesorios que pudieran causar esas sumas, tales como intereses corrientes y moratorios, comisiones y correcciones monetarias, así como los ajustes por los mayores costos de la construcción. Además, el pago de la partida indicada en el punto (c) de este

hecho, debía pagarse en efectivo. El pago mediante la subrogación de un crédito hipotecario era una forma subsidiaria de atender esta obligación”.

“3. La Fiduciaria Colmena S.A. se obligó a transferir la unidad objeto de la fiducia cuando el interventor y el constructor suscribieron el acta de entrega final, siempre y cuando el constituyente Alfred Bloch Dietzel se encontrara a paz y salvo por todo concepto”.

“3. Ciertamente pero incompleto. La fiduciaria no ha asumido esa obligación en su propio nombre, sino en cuanto vocera o personera de dos fideicomisos mercantiles. Además, la transferencia dependía de otras condiciones cuyo cumplimiento no estaba en manos de la fiduciaria”.

“4. Alfred Bloch dio cumplimiento cabal y estricto al pago del precio de las 24 cuotas convenidas con la fiduciaria, en las fechas establecidas en el contrato de fiducia, y la Fiduciaria Colmena S.A. las recibió en la forma y tiempo debidos”.

“4. No es cierto. El señor Bloch estuvo en mora, por lo menos una vez, durante el lapso en que debía cubrir las 24 cuotas a que se refiere este hecho”.

“5. El día 8 de marzo de 1990, fecha del vencimiento del plazo de las 24 cuotas, Alfred Bloch se encontraba a paz y salvo para con la Fiduciaria Colmena S.A., por todo concepto restándole tan solo, subrogarse en la hipoteca constituida en mayor extensión a favor de la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena S.A.”.

“5. No es cierto. En la fecha indicada el señor Alfred Bloch tenía la obligación principal de pagar \$ 210.387.381.000, en dinero efectivo”.

“6. Alfred Bloch pagó a la Fiduciaria Colmena S.A. la comisión única y fija convenida en la cláusula décima del contrato de fiducia”.

“6. Es cierto”.

“7. Desde el 8 de marzo de 1990 Alfred Bloch exigió a la Fiduciaria Colmena S.A. el cumplimiento de su encargo fiduciario para que se le transfiriera la unidad adquirida en el fideicomiso, por encontrarse a paz y salvo con ella por todo concepto, y le solicitó los documentos necesarios para tramitar la subrogación de la hipoteca, los cuales no le fueron entregados sin justificación alguna”.

“7. No es cierto. Una cosa era la obligación que tenía el señor Bloch de aportar unos dineros para el desarrollo de un proyecto de construcción bajo la modalidad de fiducia mercantil, y otra, las condiciones de las que dependía la definición y exigibilidad de la obligación de los fideicomisos mercantiles de transferir las unidades inmobiliarias resultantes de esas fiducias mercantiles. La determinación de la fecha de la escrituración se retardó por hechos de los mismos constituyentes (cambio en la destinación de dos áreas que canjearon), así como por hechos de terceros (autoridades distritales y oficina de registro de Bogotá)”.

“8. La obra se culminó en el mes de noviembre de 1990, según acta que suscribieron el constructor y el interventor”.

“8. Es cierto”.

“9. La Fiduciaria Colmena S.A. no escrituró dentro de los plazos convenidos la unidad a Alfred Bloch, aduciendo para ello que no tenía listos los documentos relativos a la titulación del inmueble, porque se había efectuado sustanciales reformas y modificaciones al reglamento de propiedad horizontal del edificio”.

“9. No es cierto. La escrituración no dependía de plazos —que en ningún caso se determinaron—, sino de condiciones conaturales a ese acto jurídico, que no se cumplieron por culpa de los mismos constituyentes y de terceros, tal y como se dijo en la contestación anterior (8)”.

“10. El 26 de septiembre de 1991 Alfred Bloch cedió sus derechos en el fideicomiso en favor de la sociedad Bloch Niño & Cía. S. en C.-Blomag S. en C., según consta en la

escritura pública 4319 del 26 de septiembre de 1991, otorgada en la Notaría 25 de esta ciudad, cesión que fue debidamente autorizada, consentida y aprobada por la Fiduciaria Colmena S.A”.

“10. Es cierto”.

“11. La Fiduciaria Colmena S.A. tan solo vino a transferir el dominio de las unidades objeto del fideicomiso en favor de Bloch Niño & Cía. S. en C.-Blomag S. en C. el día 31 de octubre de 1991, según consta en la escritura pública 5067 de 31 de octubre de 1991, otorgada en la Notaría 25 de esta ciudad, esto es 18 meses después de la fecha en que se había obligado a hacerlo”.

“11. La primera parte es cierta. La última parte es una calificación del señor apoderado (“... esto es 18 meses después de la fecha en que se había obligado a hacerlo”)

“12. La demora en el cumplimiento del contrato de fiducia le causó cuantiosos, enormes e ingentes perjuicios a la sociedad Bloch Niño & Cía. S. en C.-Blomag S. en C., derivados de los mayores valores que tuvo que asumir en beneficio de Fiduciaria Colmena S.A., por los intereses que tuvo que pagarle por más de 18 meses, y el mayor valor de la corrección monetaria sobre la hipoteca como que se vio injustamente obligada a subrogar una hipoteca por valor de \$ 270.000.000, cuando se había obligado a asumir una por valor de tan solo \$ 210.387.381”.

“12. No es cierto. Es una infundada pretensión del demandante y, además, en estricto sentido la fiduciaria salió perjudicada porque solo percibió comisiones por el término del contrato originalmente pactado, y no por el término adicional que demoró la ejecución de este contrato. De una vez se aclara que todo valor cobrado a los constituyentes lo fue en beneficio de dos fideicomisos mercantiles y no en beneficio de la fiduciaria, salvo los honorarios de esta (comisiones)”.

“13. La Fiduciaria Colmena S.A. fue negligente en el cumplimiento en sus deberes de fiduciario, como quiera que para el mes de marzo de 1990, fecha en la cual se había obligado a transferir por escritura pública las unidades objeto del fideicomiso, no tenía listos los reglamentos de propiedad del edificio, ni los certificados de libertad de los inmuebles, ni clarificada la titulación del edificio, lo que obviamente impedía el que el beneficiario del fideicomiso obtuviere y tramitare la subrogación del crédito hipotecario. Esta negligencia es de la mayor gravedad si se tiene en cuenta que Fiduciaria Colmena S.A. es una entidad que se dedica habitualmente a la celebración de contratos de fideicomiso inmobiliario”.

“13. No es cierto. Como se demostrará en este proceso, la fiduciaria fue más allá de la diligencia habitual en esta clase de negocios. Se aclara, además, que no existían problemas de titulación”.

“14. La Fiduciaria Colmena S.A. no realizó diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, ni obró en forma profesional, ni como un buen padre de familia ni con la diligencia y cuidado que ha debido tener para transferir al beneficiario los inmuebles objeto del fideicomiso. Por ello debe responder hasta de culpa leve, como lo establece claramente el artículo 1243 del Código del Comercio”.

“14. No es cierto. Es una valoración o juicio del demandante, y la última parte una simple pretensión”.

“15. La Fiduciaria Colmena S.A. debe restituir a la Sociedad Bloch Niño S. en C.-Blomag S. en C., la totalidad de los intereses que dicha sociedad le pagó en forma indebida y bajo presión, pues si no los pagaba, la Fiduciaria Colmena S.A. no le transfería el dominio de los bienes objetos del fideicomiso con el argumento de que no se encontraba a paz y salvo por todo concepto a la fecha de la escrituración. Por

concepto de intereses Bloch Niño & Cía. S. en C. pagó en forma indebida a Fiduciaria Colmena S.A. la suma de \$ 64.322.318”.

“15. No es cierto. Y, además, es por lo menos una ligereza sostener que Blomag S. en C. “pagó en forma indebida y bajo presión”, la última parte del precio pactado. La escritura de transferencia demostrará lo que hemos contestado”.

“16. Por la demora en los trámites de escrituración la Sociedad Bloch Niño & Cía. S. en C.-Blomag S. en C., no pudo subrogar el crédito hipotecario en la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena S.A., miembro del mismo grupo financiero de la Fiduciaria Colmena S.A., y se vio obligada a conseguir por sus propios medios un crédito hipotecario en la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria, por la suma de \$ 270.000.000, lo cual también le causó perjuicio, por la negligencia y demora de la Fiduciaria Colmena S.A. en tener los papeles necesarios para la tramitación del crédito hipotecario, especialmente los folios de matrícula inmobiliaria de los bienes objeto del fideicomiso, viéndose obligada a asumir sin justa causa corrección monetaria por valor de \$ 92.814.704 que le debe ser resarcida plenamente por Fiduciaria Colmena S.A., aparte de asumir más de \$ 60.000.000 de crédito hipotecarios sin su culpa”.

“16. Son varios hechos que distinguimos así:

a) El demandante no pudo subrogar el crédito hipotecario en la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena S.A. por su propia culpa. Además, Colmena solo le aprobó un crédito por \$ 150.000.000 al señor Alfred Bloch (Cfr. rédito 33146, aprobación 103993. Carta del 11-IV-90, de la corporación al señor Bloch);

b) El crédito hipotecario que obtuvo en la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria no le causó ningún perjuicio;

c) La fiduciaria suministró a tiempo los documentos a que estaba obligada contractualmente, y

d) No nos constan las cantidades que indica al final de hecho y no es cierto, obviamente, que por esas sumas deba responder la fiduciaria”.

“17. Si bien es cierto que la Fiduciaria Colmena S.A. asumió obligaciones de medio que no de resultado en el cumplimiento de su encargo, como lo han venido sosteniendo sus directivos y funcionarios, no es menos cierto que el fiduciario debe obrar diligentemente en la obtención de dichos resultados y que no es explicable que una entidad que se supone profesional en el cumplimiento de fideicomisos inmobiliarios, y que está sujeta a la especial vigilancia del Estado por parte de la (\*)Superintendencia Bancaria, no esté presta a obtener los documentos necesarios para la escrituración que debe transferir en cumplimiento de su encargo fiduciario”.

“17. La primera parte es cierta. En efecto, la fiduciaria asumió obligaciones de medio. Lo demás es una reflexión del señor apoderado”.

“18. La Fiduciaria Colmena S.A. y el beneficiario del fideicomiso establecieron una cláusula compromisoria en virtud de la cual todas las diferencias que surgieren entre ellos se someterán a la decisión de un Tribunal de Arbitramento compuesto por tres árbitros que serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá, tal como consta en la cláusula 27 de la escritura pública 549 de 22 de febrero de 1988, otorgada en la Notaría 25 de esta ciudad”.

“18. Es cierto parcialmente. Como se demostrará, la parte demandada debe constituirse por dos fideicomisos mercantiles (patrimonios autónomos), cuyo personero común es la Fiduciaria Colmena S.A. En otras palabras, la parte demandada no puede ser la fiduciaria en su propio nombre.

Es cierta la existencia de la cláusula allí referida”.

Con base en los hechos expuestos por las partes, la sociedad actora formuló las siguientes pretensiones:

Primera: Se declare que Fiduciaria Colmena S.A. obró en forma descuidada y negligente en el cumplimiento de las obligaciones que como fiduciario asumió en virtud del contrato de fiducia contenido en la escritura pública 549 de 22 de febrero de 1988, otorgada en la Notaría 25 de esta ciudad, en perjuicio del beneficiario de la fiducia Bloch Niño & Cía. S. en C.-Blomag S. en C., por cuanto en forma tardía y onerosa le transfirió los bienes objeto de la fiducia.

Segunda: Que como consecuencia de la anterior declaración y siendo el fiduciario responsable hasta de culpa leve en el cumplimiento de sus funciones, se condene a la Fiduciaria Colmena S.A. a pagar a Bloch Niño & Cía. S. en C.-Blomag S. en C., a la ejecutoria del laudo arbitral, la totalidad de los perjuicios que se le causaron por el cumplimiento tardío de las obligaciones que asumió en virtud del contrato de fiducia contenido en la escritura pública 549 del 22 de febrero de 1988 en la Notaría 25 de esta ciudad, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante que se comprobarán en el curso del proceso arbitral, que deberán comprender el reembolso de todas las sumas que Bloch Niño & Cía. S. en C.-Blomag S. en C. pagó indebidamente a la Fiduciaria Colmena S.A., debidamente actualizadas a su valor presente, más el valor de los intereses que se hayan causado sobre las mismas desde la fecha en que la Fiduciaria Colmena S.A. las recibió y hasta cuando su pago se efectúe.

Tercera: Que se condene a la Fiduciaria Colmena S.A. a pagar todos los gastos y costas del proceso arbitral, incluyendo las agencias en derecho.

A su turno, como ya se indicó, la Sociedad Fiduciaria Colmena si bien se opuso a las declaraciones impetradas en su contra y negó la mayoría de los hechos a partir de los cuales se le endilga responsabilidad, no denominó específicamente los medios de defensa de mérito alegados en su favor, punto sobre el que el tribunal habrá de referirse adelante en los considerandos del laudo.

### 3. De las pruebas decretadas y practicadas

Durante el curso del proceso se arrimaron al plenario numerosas pruebas, unas a instancias de las partes y otras como desarrollo de la facultad oficiosa, destacando el tribunal que todas las deprecadas por los apoderados fueron decretadas, como también que no quedó pendiente de evacuación ningún medio de prueba.

Con el propósito de sustentar la decisión que habrá de adoptarse en esta providencia, el tribunal encuentra útil relacionar los medios de prueba que militan en el proceso, de manera que en la parte motiva de este laudo se hagan las consideraciones que servirán de apoyo a la decisión que se adoptará, así:

#### 3.1. Documentales

##### 3.1.1. A instancias del actor

a) Tercera copia de la escritura pública 549 del 22 de febrero de 1988 de la Notaría 25 de Bogotá, contentiva del contrato de fiducia mercantil celebrado entre Alfred Bloch Dietzel y la Fiduciaria Colmena S.A. en virtud del cual aquel adhirió o se vinculó al desarrollo de la construcción de la tercera etapa del edificio, concretamente a la del noveno piso (cdno. ppal. 1, fls. 40 a 57);

b) Tercera copia de la escritura pública 4319 del 26 de septiembre de 1991 de la Notaría 25 de Bogotá, en virtud de la cual Alfred Bloch Dietzel cedió sus derechos y obligaciones en el contrato de fiducia mercantil a la Sociedad Bloch Niño & Cía. S. en C.-Blomag S. en C. (cdno. ppal. 1, fls. 58 a 64);

c) Quinta copia de la escritura pública 5067 del 31 de octubre de 1991 de la Notaría 25 de Bogotá, en virtud de la cual Fiduciaria Colmena S.A. transfirió a la Sociedad Bloch Niño & Cía. S. en C.-Blomag S. en C. a título de beneficio el pleno derecho de dominio y la posesión sobre las unidades del piso 9º y el sótano pertinentes, correspondientes a la III etapa del edificio ya citado (cdno. ppal. 1, fls. 65 a 99);

d) Carta 02064 del 20 de marzo de 1992 de Lisímaco Ardila López, director departamento de contabilidad de Fiduciaria Colmena a Alfred Bloch Dietzel, en la que al atenderse una solicitud del último, se informa sobre los pagos realizados a la primera desde marzo 8 de 1990 hasta enero 7 de 1992, y la aplicación de \$ 270.000.000 a esas cifras recibidos el 7 de enero de 1992 de la Corporación Colpatria (cdno. ppal. 1, fl. 100);

e) Certificados de existencia y representación de las partes legalmente expedidos por los organismos competentes (cdno. ppal. 1, fls. 101 a 103);

f) Certificado de la (\*)Superintendencia Bancaria sobre la tasa de interés vigente. (cdno. de pruebas conjuntas y de Ofi., fls. 70 y 71), y

g) Certificado del DANE sobre el valor mensual del índice de precios al consumidor vigente a partir del mes de marzo de 1990 en adelante. (cdno. ppal., fls. 195 y 195 vto. y cdno. de pruebas conjuntas y de Ofi., fls. 154 y 155).

### 3.1.2. A instancias de la parte demandada

a) Escritura pública 4060 del 16 de diciembre de 1987 de la Notaría 25 de Bogotá, en virtud de la cual el Grupo Cien Ltda. y Fiduciaria Colmena S.A. celebraron el contrato de fiducia mercantil inmobiliario (cdno. de excepciones previas, fls. 9 a 58);

b) Escritura pública 3727 del 24 de agosto de 1990 de la Notaría 25 de Bogotá que modificó el contrato de fiducia individual consignado en la escritura 2.097 del 1º de junio de 1987 de la Notaría 25 de Bogotá (cdno. de pruebas adicionales de la parte demanda anexos 1 a 9, fls. 1 a 16 y cdno. de pruebas parte demandada 4, fls. 24 a 39);

c) Escritura pública 5040 del 2 de noviembre de 1990 de la Notaría 25 de Bogotá, contentiva de la reforma del reglamento de propiedad horizontal (cdno. de pruebas adicionales de la parte demandada, anexos 10 y 11, fls. 1 al 226);

d) Escritura pública 3070 del 22 de julio de 1991 de la Notaría 25 de Bogotá, en virtud de la cual se celebró contrato de transacción entre Fiduciaria Colmena S.A y la Inmobiliaria Selecta S.A. (cdno. de pruebas parte demandada 4, fls. 5 al 23);

e) Original del acta de entrega de las unidades privadas piso 9º y sótanos del edificio World Trade Center III, del 27 de junio de 1990 (cdno. de pruebas adicionales de la parte demandada anexos 1 a 9, fls. 17 al 18);

f) Original del contrato de arrendamiento suscrito entre Dicecor Ltda. y Alfred Bloch Dietzel (cdno. de pruebas adicionales de la parte demandada anexos 1 a 9, fls. 20 a 28);

g) Original del contrato de comodato suscrito entre Dicecor Ltda. y Alfred Bloch Dietzel (cdno. de pruebas adicionales de la parte demandada anexos 1 a 9, fls. 29 a 39);

h) Copias autenticadas de la correspondencia cruzada entre la Fiduciaria Colmena S.A. con las siguientes entidades: Colpatria, Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena, y la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá, aportada en un cuadernillo (cdno. de pruebas adicionales de la parte demandada anexos 1 a 9, fls. 40 a 119);

i) Copia del acta final de la entrega de la obra del edificio World Trade Center III etapa, del 30 de noviembre de 1990 (cdno. de pruebas adicionales de la parte demandada anexos 1 a 9, fls. 85 a 87);

j) Contrato de construcción de la III etapa del edificio World Trade Center, aportado en un cuadernillo (cdno. de pruebas adicionales de la parte demandada anexos 1 a 9, fls. 120 a 153), y

k) Folios de matrículas inmobiliarias de las oficinas del 9º piso y los garajes correspondientes al mismo (cdno. denominado fls. de matrícula inmobiliaria, fls. 1 a 142).

### 3.1.3. A instancias de ambas partes

En ejercicio de la facultad prevista en el Decreto 2651 de 1991, artículo 21, las partes de común acuerdo, antes de iniciarse la audiencia de alegatos de conclusión, presentaron

fotocopia auténtica de copia de la escritura pública 2248 del 30 de mayo de 1990 de la Notaría 25 de Bogotá (Cfr. cdno. ppal., fls. 259 a 270).

### 3.2. Pericial

#### 3.2.1. A instancias de la parte actora

a) Dictamen pericial contable rendido el 6 de julio de 1993, y luego adicionado el 29 de julio, por los doctores Jaime Usme Suárez y Rosario Caro Feliz el cual no fue objetado (Cfr. cdno. pruebas parte actora, fls. 66 a 106). Los honorarios de los peritos fueron oportunamente cancelados por la parte actora, según recibos que obran a folios 206 y 207 del cuaderno principal.

#### 3.2.2. A instancias de la parte demandada

a) Dictamen pericial rendido sobre el valor comercial para venta y arrendamiento, en diferentes períodos, de las unidades del piso 9º y los garajes correspondientes al mismo, de la III etapa del edificio en mención, rendido el 6 de julio de 1993 por los doctores Alejandro Castañeda y Javier Hoyos Patiño, (Cfr. cdno. de pruebas parte demandada 4, fls. 90 a 119) el cual no fue objetado. Los honorarios de los peritos fueron oportunamente cancelados por la parte demandada según recibos que obran a folios 208 a 212 del cuaderno principal.

### 3.3. Testimonial

#### 3.2.1. A instancias de la parte actora

Se oyó en declaración a Jorge Rincón Andrade (Cfr. cdno. de pruebas parte actora 3, fls. 30 a 65).

#### 3.2.2. A instancias de la parte demandada

Se oyó en declaración a las siguientes personas: Hernando Vargas Rubiano (Cfr. cdno. pruebas parte demandada 4, fls. 56 a 73), Carlos Ronderos Torres (Cfr. cdno. pruebas parte demandada 4, fls. 74 a 82), Rafael Albornoz (Cfr. cdno. pruebas parte demandada 4, fls. 83 a 89), Luis Emilio Ruiz Ruiz (Cfr. cdno. de pruebas conjuntas y de Ofi., fls. 120 a 153), Fernando Cediell (Cfr. cdno. pruebas parte demandada 4, fls. 120 a 123).

#### 3.2.3. A instancias de las partes

Se oyeron las declaraciones de las siguientes personas: María Clemencia Mesa (Cfr. cdno. de pruebas conjuntas y de Ofi., fls. 31 a 53), Abdón Estefan B. (Cfr. cdno. de pruebas conjuntas y de Ofi., fls. 1 a 29).

### 3.4. Interrogatorios de parte

Los representantes legales de las partes absolviéron los interrogatorios de parte propuestos en las audiencias respectivas (Cfr. cdno. de pruebas parte actora e, fls. 7 a 29, respectivamente).

### 3.5. Pruebas de oficio

El tribunal en ejercicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, ordenó el recaudo de las siguientes:

a) En la primera audiencia de trámite, inspección judicial con exhibición de documentos en la sede de la parte demandada, llevada a cabo el 7 de julio de 1993, habiéndose examinado los libros y papeles de comercio y en general la documentación vinculada con este asunto, entre otros los libros de actas de las asambleas de constituyentes y de los comités directivos de los fideicomisos de la II y la III etapa del edificio World Trade Center, las citaciones a las reuniones, información toda vinculada al proceso (Cfr. cdno. ppal., fls. 172 a 176);

b) También en la primera audiencia de trámite, inspección judicial con exhibición de documentos en la sede de la entidad demandante, llevada a cabo el 7 de julio de 1993, habiéndose examinado libros y papeles de comercio, correspondencia vinculada a este asunto, documentación que también está incorporada al expediente (Cfr. cdno. ppal., fls. 169 a 171);

- c) En la audiencia celebrada el 24 de junio de 1993, se decretó inspección judicial con exhibición de documentos en la sede de la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena S.A., llevada a cabo el 14 de julio de 1993, habiéndose examinado todo lo atinente a la solicitud y aprobación de un crédito de construcción con destino a la financiación de la III etapa del edificio en mención al señor Alfred Bloch Dietzel, información arrimada también al plenario, conjuntamente con las declaraciones de Germán Huérfano Méndez y de Alberto Gutiérrez Bernal, funcionarios de esa entidad, que de oficio se recibieron en el curso de la referida audiencia. (Cfr. cdno. ppal., fls. 179 a 185);
- d) En la misma audiencia del 24 de julio de 1993, se decretó la práctica de inspección judicial sobre el edificio denominado World Trade Center, la cual tuvo lugar el 2 de agosto de 1993 (Cfr. cdno. ppal., fls. 202 a 202);
- e) En la audiencia celebrada el 22 de junio de 1993, el tribunal ordenó a la (\*)Superintendencia Bancaria remitir con destino a este proceso, la actuación administrativa surtida a instancias del doctor Luis Fernando Salazar López como apoderado del señor Alfred Bloch D. contra Fiduciaria Colmena S.A., la cual reposa también en el expediente (Cfr. cdno. de pruebas conjuntas y de Ofi., fls. 54 a 69), y
- f) En la misma audiencia celebrada el 22 de junio de 1993, el tribunal ordenó librar oficios a la Notaría 25 de Bogotá para que remitiera copias auténticas de las escrituras 2226 de 1983, 400 de 1984, 1526 de 1984, 1550 de 1986, 320 de 1987, 4191 de 1989 y 863 de 1990, y algunos folios de matrículas inmobiliarias. Antes de que se librarán los oficios, toda esta documentación fue recaudada en el curso de la inspección judicial realizada en la sede de la entidad demandada, quien además aportó la escritura pública 1.526 del 13 de agosto de 1984.

#### 4. Alegaciones

Concluida la instrucción, se oyeron en audiencia celebrada el 10 de septiembre de 1993 los alegatos de conclusión presentados por los apoderados de las partes, quienes además de hacer uso de la palabra por el término legal presentaron ilustrados escritos, en los que consignaron sus particulares apreciaciones fácticas y jurídicas de este litigio, sobre las que el tribunal volverá en los considerandos de este laudo.

#### II. Consideraciones

Para decidir en derecho el presente litigio, el tribunal se apoyará previamente en las siguientes consideraciones:

##### 1. De la incidencia del contrato de fiducia en la relación jurídico procesal

En primer término, ante las argumentaciones del apoderado de la parte demandada, consignadas en su alegato de conclusión y en el anexo, el tribunal se ve precisado a dilucidar el interrogante de si esta demanda estuvo bien dirigida en la forma como se ha propuesto, o si, por el contrario, ha debido promoverse contra uno o más de los patrimonios autónomos representados por la fiduciaria. De lo que se resuelva dependerá la suerte y desenvolvimiento de este proceso.

La defensa ha venido sosteniendo que como Fiduciaria Colmena S.A. no convino ni ejecutó un negocio jurídico en nombre propio, ni en su propio beneficio, el debate planteado por la parte demandante debió dirigirse contra los patrimonios autónomos representados por la fiduciaria y constituidos por medio de las escrituras públicas 4060 y 549, pues la responsabilidad y consecuente obligación indemnizatoria no pueden deprecarse sino de los aludidos patrimonios autónomos. Con ese mismo argumento, el demandado propuso dos excepciones previas: la de inepta demanda y la de no integración del litis consorcio necesario, las que el tribunal no pudo decidir, dado que se desistió de las mismas. Ahora, al término de su alegato de conclusión, el mismo apoderado ha insistido en su planteamiento, para lo cual ha acompañado un estudio de su personal cosecha que habrá de publicarse por la escuela judicial del Ministerio de

Justicia, el cual contiene algunas consideraciones sobre los aspectos procesales de la fiducia mercantil, y ha anunciado en términos apocalípticos que de acogerse tesis contraria a la suya, "... entre el demandante y el tribunal habrían acabado con una de las más grandiosas conquistas del derecho comercial como ha sido la incorporación en el nuevo Código de Comercio de la fiducia mercantil en cuanto instituto intermedio entre la persona jurídica y los bienes sin personalidad ..." (Cfr. alegato de conclusión, fl. 43. Resaltado por el tribunal).

Para el tribunal resulta absolutamente claro y evidente que la demanda incoada en este proceso estuvo bien dirigida contra la Fiduciaria Colmena S.A., y que, por el contrario, hubiera constituido un desatino mayúsculo el haberla promovido contra el patrimonio autónomo.

En efecto, las reclamaciones que eventualmente deba formular el fiduciante o el beneficiario al fiduciario, que controviertan la gestión realizada por la sociedad fiduciaria y comprometan su responsabilidad, solo pueden dirigirse contra ella, y nunca contra el patrimonio autónomo. Desde luego, existen situaciones en las que precisamente por no estar en discusión la gestión del fiduciario, las controversias o querellas que se planteen no lo comprometen directamente, dado que en ellas están involucrados los intereses del patrimonio autónomo y no los propios, y por ello, en tales casos, ese patrimonio concurre al debate asistido por la fiduciaria.

Ciertamente, cuando el patrimonio autónomo decide formular demanda contra un tercero que ha causado daño a los bienes fideicomitidos, es claro que ese libelo se presenta por el fiduciario, no en nombre propio sino como vocero del patrimonio autónomo, y es también apreciable, que las resultas de ese juicio beneficiarán o perjudicarán el patrimonio autónomo y no al fiduciario. Lo mismo puede advertirse en el evento de suponer que un tercero proponga un litigio contra el patrimonio autónomo, hipótesis en la cual quien comparece al juicio es este y no el fiduciario. En una y otra hipótesis, ha de observarse cómo las querellas imaginadas no están encaminadas a revisar la gestión del fiduciario ni a deducir responsabilidad suya.

Empero, cuando un fiduciante o un beneficiario se alza contra la gestión del fiduciario y alega haber sufrido daño por causa de la misma, naturalmente que ese debate no se plantea al patrimonio autónomo sino al fiduciario, el que, por lo tanto, comparecerá al juicio en su propio nombre y exponiendo sus particulares intereses.

Y es que a partir de la afirmación de la defensa según la cual el fiduciario no convino ni ejecutó negocio jurídico en nombre propio, ni en su propio beneficio, se incurre en dos graves contradicciones, que el tribunal no comparte, pues con ellas se estaría destruyendo la figura de la fiducia mercantil y la seguridad que la ley encuentra en ella.

La afirmación de que el fiduciario cuando conviene o ejecuta un negocio de esta naturaleza no lo hace en nombre propio, que no comparte el tribunal, tampoco puede significar, como lo pretende el demandado, que los bienes fideicomitidos no queden en cabeza suya, ni mucho menos, que las demandas en las que se comprometa su responsabilidad no puedan dirigirse en su contra, por cuanto se estaría desconociendo el artículo 1226 del Código de Comercio.

En primer término, si bien es cierto que los bienes fideicomitidos deben mantenerse separados de los propios del fiduciario, no es válido el argumento de que estos no quedan radicados en su cabeza. Precisamente, porque los bienes fideicomitidos están en cabeza del fiduciario, es él quien los puede traidar, tal como lo hizo Fiduciaria Colmena S.A en el caso sub lite.

Es tan evidente que los bienes fideicomitidos si quedan en cabeza del fiduciario aunque con ellos se forme un patrimonio autónomo o de afectación, que precisamente el acreedor del fiduciante que tenga un crédito anterior al negocio fiduciario, puede

promover la acción del artículo 1.238 del Código de Comercio, que la defensa con razón ha denominado “pauliana”, en el estudio anexo a su alegato de conclusión (Cfr. fls. 34 a 35). No se aprecia cómo la defensa tiene averiguado que el artículo 1238 del Código de Comercio ha consagrado una acción pauliana, que precisamente está concebida para reconstruir el patrimonio del deudor, y al mismo tiempo afirma que los bienes fideicomitados no quedan radicados en cabeza del fiduciario. Hay en la anterior apreciación, si no una contradicción al menos una lamentable confusión, pues mal podría hablarse de acción pauliana promovida entre otros contra el fiduciario, si no fuera precisamente porque el bien fideicomitado no está en cabeza del constituyente ni del beneficiario, sino en la del fiduciario.

De otra parte, la conclusión de la defensa, según la cual el fiduciario no puede ser demandado directamente, también derivada del hecho de que este no conviene ni ejecuta un negocio en nombre propio, tampoco puede ser de recibo, pues de acogerse tal tesis resultaría no solo ineficaz sino definitivamente burlado el sistema de responsabilidad hasta por culpa leve del fiduciario, consagrado en el artículo 1243 del Código de Comercio.

Si cuando el fiduciante o el beneficiario pretendieran exigir la responsabilidad del fiduciario no lo pudieran demandar directamente sino como vocero de una fiducia mercantil, ¿de qué manera —se pregunta el tribunal— podría reclamársele la responsabilidad derivada de una gestión negligente o imperita? A la luz de la dialéctica propuesta por la defensa, esa responsabilidad propia del fiduciario no se le podría reclamar a él sino al patrimonio autónomo. Tal aseveración ni por asomo puede compartirse, porque ella sí que destruiría el régimen legal de la fiducia mercantil, pues tornaría inmunes ante a la justicia a las sociedades fiduciarias, y convertiría a los patrimonios autónomos en la más frágil, indefensa y desprotegida de las instituciones del derecho comercial.

Ciertamente, si en una demanda de esta naturaleza solo pudiera llamarse al fiduciario como vocero del patrimonio autónomo, ello significaría que en el evento de resultar probada su negligencia en la gestión, la responsabilidad patrimonial no recaería en el fiduciario sino en el patrimonio autónomo, tergiversándose el alcance del artículo 1243 del Código de Comercio. Por el camino que propone el apoderado de la sociedad fiduciaria demandada, simultáneamente se llega a un absurdo y a una paradoja; el primero, consistente en que el causante del daño dejaría de responder, por el simple hecho de ser titular del patrimonio autónomo que administró indebidamente; y la segunda, en que el interesado en exigir la responsabilidad, en caso de salir victorioso en sus pretensiones, resultaría perjudicado porque el pago de la indemnización afectaría el patrimonio autónomo, el que terminaría doblemente disminuido: en una primera ocasión, a causa de los desaciertos del fiduciario, y en una segunda oportunidad, por razón de tener que atender la condena impuesta en la sentencia.

Finalmente, el tribunal encuentra pertinente y útil a los fines de este interesante debate, rectificar la apreciación de la defensa en cuanto en el anexo a su alegato de conclusión afirma que el fideicomisario es un “... tercero frente a las partes de ese proceso ...” (Cfr. pág. 15) cuando defiende en un proceso ejecutivo el patrimonio autónomo, ante la inercia del fiduciario, y que, en consecuencia, debe entenderse reformado el Código de Procedimiento Civil por el de Comercio. Tal aseveración no es exacta, ya que con ella se confunde la figura del tercero con la de la legitimación extraordinaria, de que hablaba Ugo Rocco (Cfr. Tratado de derecho procesal civil. T. I, parte general, reimpresión inalterada Temis y Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1976. págs. 367 y 368, quien diferencia la legitimación normal de la extraordinaria), o lo que es lo mismo, se le

asigna al vocero de una parte un papel que no desempeña ni asume procesal ni sustancialmente.

El fideicomisario que le hace frente a un proceso ejecutivo no es un tercero, sino un sujeto de derecho que extraordinariamente la ley ha legitimado para que realice un acto procesal, que competía ejecutar al fiduciario. En efecto, ese fideicomisario no introduce una pretensión suya, sino que simplemente sustituye a quien estaba llamado a hacerle frente al proceso, como vocero del patrimonio autónomo. Tampoco ese fideicomisario se convierte en coadyuvante, pues para que esta figura opere se requiere que exista una parte que esté constituida y debidamente representada, y a la cual se pretenda ayudar en el litigio, y en el evento que se comenta, el patrimonio autónomo todavía no es parte precisamente porque su vocero natural ha declinado la responsabilidad de ejercer su representación, que por lo mismo viene a asumir el fideicomisario.

Cuando el fideicomisario toma la vocería del patrimonio autónomo, no se presenta alteración de la relación jurídico procesal en ninguna de sus manifestaciones, porque sencillamente lo que acontece es que el patrimonio autónomo en vez de estar representado en ese juicio por el fiduciario, lo estará por el fideicomisario o beneficiario. Por la misma razón, tampoco puede afirmarse que el estatuto procesal civil fue reformado por el del comercio.

Hechas las anteriores precisiones, el tribunal encuentra que si Bloch Niño lo que pretendió fue cuestionar la forma y términos como Fiduciaria Colmena ejecutó la gestión a ella encomendada por razón de este negocio fiduciario, y además deducir responsabilidad a cargo de la misma, la única manera legalmente posible de hacerlo, era formulando la demanda en la forma como lo hizo. Mal hubiera procedido de haber incoado la demanda contra el patrimonio autónomo, porque en últimas, indirectamente podría resultar afectado con la decisión que llegare a deducir responsabilidad patrimonial, pues, en tal hipótesis, la indemnización tendría que cancelarse con cargo a los intereses del negocio fiduciario.

Como ningún reparo le encuentra el tribunal a la relación jurídico procesal como quedó trabada al inicio del proceso, procede a realizar las demás consideraciones.

## 2. De la competencia del tribunal frente a las excepciones de mérito

En el escrito de contestación de demanda, Fiduciaria Colmena no destinó un acápite y ni siquiera denominó o utilizó la expresión excepción de mérito, para referirse a las defensas planteadas. No obstante, es claro que la sociedad demandada en su contestación declinó los hechos alegados en su contra y rechazó las pretensiones.

La anterior situación ha servido para que en el alegato de conclusión del apoderado de la parte actora, se haya solicitado al tribunal que se abstenga de pronunciarse sobre cualquier motivo de defensa, porque la competencia asumida por el tribunal solo comprendió la órbita de las pretensiones más no la de las excepciones (Cfr. cdno. ppal., fls. 240 y 241).

El tribunal no comparte el argumento de la parte demandante, pues si bien es cierto que en la contestación a la demanda no se destinó un capítulo a denominar las excepciones de mérito, no menos lo es que del contexto de la misma se desprende la intención inequívoca de la parte demandada de declinar los hechos y las pretensiones formuladas en su contra, lo que solamente puede significar que sí formuló excepciones de mérito. Sabido es que la formulación de excepciones de mérito no requiere fórmulas sacramentales ni solemnidades de ninguna especie, como también que el desacierto en el que incurra el demandado al formularlas, no las conduce al fracaso. Por ejemplo, si el demandado denomina una excepción como pago cuando en verdad está alegando la novación, ello no torna inane la defensa, que en todo caso deberá ser estudiada por el juez.

De otra parte, es artificioso el argumento de que la decisión de asumir competencia solo se predica de las pretensiones, pues desconoce que en materia de excepciones, el juez debe pronunciarse oficiosamente sobre cualquier medio exceptivo que encuentre probado, salvo la prescripción, la nulidad relativa y la compensación, que requieren petición del demandado. Es decir, basta que el tribunal declare su competencia para conocer de las pretensiones de la demanda, para que por ese solo hecho, también la asuma para pronunciarse sobre las excepciones que no requieren alegato de parte. De abrirse camino la tesis del actor, ella se traduciría en la imposición de una sanción al demandado, no prevista ni autorizada en la ley.

Ahora bien, como el demandado solo vino a denominar las excepciones de mérito en su alegato de conclusión, bien por olvido o por estrategia, es importante definir de una vez por todas, que también en relación con estas el tribunal tiene competencia para pronunciarse, siempre y cuando no se trate de aquellas defensas que requieren alegato de parte para que el juez pueda pronunciarse sobre ellas, pues bien sabido es que bastará al juez averiguar si están o no probadas las mismas. Es más, en la hipótesis de que el demandado ni siquiera en su alegato de conclusión hubiere denominado algunas excepciones de mérito, ello no impediría el pronunciamiento sobre las mismas u otras, pues no puede ser de recibo el planteamiento de la parte actora, según el cual el tribunal no puede reconocerlas y declararlas oficiosamente, porque en parte alguna de la legislación está consagrada tal prohibición. Por el contrario, lo que la ley ha consagrado es la facultad oficiosa del juez de pronunciarse sobre medios de defensa que se encuentren probados, en cualquier proceso, sea o no arbitral.

Finalmente, y sin perjuicio de las anteriores apreciaciones, el tribunal deja también en claro que aun cuando en un proceso arbitral no se propongan excepciones, o estas se denominen tardíamente, ello no releva al juzgador del deber de examinar si el actor probó los supuestos de hecho a partir de los cuales depreca la prosperidad de sus pretensiones.

Sobre tales presupuestos el tribunal adelante habrá de formular las consideraciones pertinentes sobre si han de prosperar o no las pretensiones y excepciones, o si el actor probó los supuestos de hecho a partir de los cuales pretende deducir las consecuencias jurídicas planteadas en el petitum de su libelo.

### 3. Del contrato celebrado entre las partes, sus obligaciones, su cumplimiento o incumplimiento

Sentadas las anteriores premisas, esto es que hay una transferencia real de la propiedad del constituyente a la sociedad fiduciaria, presentándose así en forma simultánea una relación real plena del fiduciario sobre los bienes fideicomitidos y una relación obligacional que pesa sobre el mismo fiduciario para administrar y enajenar la cosa en favor del constituyente o beneficiario y que, el fiduciario en su condición de tal puede ser demandado en su propio patrimonio en razón al cumplimiento de sus obligaciones, es menester que este tribunal se detenga en el análisis, ya en el caso sub judice, de las situaciones de hecho y de derecho que permitirán la decisión sobre las pretensiones y excepciones objeto de este litigio.

En el escrito de demanda se ha solicitado declarar que Fiduciaria Colmena S.A. incumplió sus deberes de fiduciario, por cuanto atendió en forma descuidada y negligente sus obligaciones, lo cual determinó que la transferencia de los bienes objeto de fiducia se realizará "... en forma tardía y onerosa ...".

Para sustentar tal pretensión el actor situó el incumplimiento de la parte demandada, de la obligación de transferir el dominio de los bienes objeto de fiducia, el 8 de marzo de 1990, fecha para la cual, según su relato, se encontraba en paz y a salvo por todo concepto.

Posteriormente, el actor en el alegato de conclusión modificó su inicial apreciación, y ubicó como fecha a partir de la cual Fiduciaria Colmena incumplió su obligación de transferir los bienes objeto de fiducia, el 30 de noviembre de 1990, fecha en la cual se suscribió el acta final de entrega de la obra, por el constructor y el interventor.

La parte demandada en el escrito de contestación, negó haber incumplido su obligación de transferir el dominio de los bienes objeto de fiducia, pues conforme a su apreciación, para el 8 de marzo de 1990 el actor no se encontraba en paz y a salvo, y que en esa fecha tampoco estaba concluida la obra. También su alegato de conclusión cuestionó lo que denominó intempestivo cambio de fechas por parte del actor, y sostuvo su inicial planteamiento de que Fiduciaria Colmena sí había cumplido a cabalidad sus obligaciones como fiduciaria, como también que las dificultades que se presentaron para el registro de la segunda etapa y el reglamento de propiedad horizontal, no solo eran imputables a un tercero, sino que además se trataba de situaciones precedentes conocidas por el demandante y además consentidas y aprobadas por él.

El tribunal no comparte el cómputo de fechas a partir del cual sitúa el actor el incumplimiento que le enrostra a la Fiduciaria Colmena, como tampoco las consideraciones ni reflexiones de la parte demandada, con las que busca enervar las pretensiones. En efecto, el tribunal rastreando minuciosamente y en detalle el material probatorio recaudado, el que dicho sea de paso no fue excesivo ni inútil, tiene una visión diferente de la forma en la que se sucedieron los hechos que tienen enfrentadas a las partes, y su consecuencia en el contrato celebrado, sin que necesariamente pueda asumirse, como lo ha afirmado el apoderado de la parte demandada, que este tribunal no ha entendido o lo entendió en forma diferente, los supuestos fácticos y alcances jurídicos de esta controversia.

Para este efecto el tribunal analizará en primer lugar las cláusulas contractuales que, a su juicio, constituyen la base del proceso para posteriormente referirse a los distintos hechos debidamente probados que se subsumen en las referidas cláusulas contractuales que, como integrantes del negocio jurídico, son ley para las partes.

### 3.1. El marco contractual

Mediante escritura pública 549 de 22 de febrero de 1988 de la Notaría 25 de Bogotá, se celebró entre la Fiduciaria Colmena S.A. y el señor Alfred Bloch Dietzel, en calidad de constituyente, un contrato de fiducia mercantil en desarrollo de la fiducia inmobiliaria irrevocable contenido en la escritura pública 4060 de 16 de diciembre de 1987 de la Notaría 25 de Bogotá.

Por ser la escritura 549 la que determina los derechos y obligaciones de las partes en este proceso, el tribunal se detendrá en el examen de la misma y particularmente en las cláusulas segunda, cuarta y séptima.

Es de especial importancia la cláusula segunda, literal a) pues define el objeto del contrato, así:

“... El constituyente confiere a la fiduciaria, en virtud del presente contrato, el encargo específico de: a) Transferir en su favor el inmueble descrito en la cláusula vigésima octava que resultará de la construcción de la III etapa del proyecto denominado World Trade Center Bogotá-Cien Internacional, de conformidad en un todo con los planos y documentos antes mencionados ...” (resalta el tribunal).

De la precitada cláusula se desprenden dos consecuencias fundamentales, así: La primera, que el objeto primordial del contrato era la transferencia al beneficiario de las unidades pertinentes; y la segunda, que la aludida transferencia constituía simultáneamente la obligación principal a cargo de la sociedad fiduciaria.

Por su parte la cláusula cuarta, referente al precio y forma de pago, adquiere particular relevancia. En efecto, ella señala:

“El precio del presente contrato es la suma de cuatrocientos treinta y cuatro millones doscientos treinta y siete mil seiscientos veintiocho pesos moneda legal colombiana, suma que el constituyente se obliga a entregar a la fiduciaria en las oficinas de esta, de la ciudad de Bogotá, así: a) La cantidad de un millón de pesos, suma que la fiduciaria declara tener recibida a satisfacción ... b) El valor de la construcción inicialmente presupuestado, o sea la suma de cuatrocientos treinta y tres millones doscientos treinta y siete mil veintiocho pesos, la cual será pagada según el siguiente cronograma de pagos y obligaciones a saber: 1. La suma de doscientos veintidós millones ochocientos cincuenta mil doscientos cuarenta y ocho pesos en veinticuatro cuotas mensuales iguales ... 2. La suma de doscientos diez millones trescientos ochenta y siete mil trescientos ochenta y un pesos el día 8 de marzo de 1990. Para el pago de la suma anterior el constituyente podrá subrogarse en el crédito de construcción aprobado al proyecto por la Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena S.A. él, se obliga a tramitar y obtener de la Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena S.A. la aprobación del crédito con el producto del cual podrá pagar la suma de doscientos diez millones ... Si llegado el día 8 del mes de marzo de 1990, el constituyente no ha cancelado la suma de doscientos diez millones trescientos ochenta y siete mil trescientos ochenta y un pesos antes mencionada, bien en dinero efectivo o bien mediante subrogación del crédito de la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena S.A. reconocerá y pagará en favor de Fiduciaria Colmena S.A. sobre dicha suma, el interés moratorio que ...” (resaltado por el tribunal).

No estando en discusión el cumplimiento del pago de las sumas previstas en los literales a) y b) 1. de la cláusula antes transcrita, el tribunal llama la atención sobre el literal b) 2. En él aparece la obligación clara y expresa a cargo del señor Bloch y, posteriormente de su cesionario, de cancelar la suma de \$ 210.387.381, el 8 de marzo de 1990 y tan solo en esa fecha, en relación con lo cual no cabe duda al respecto. En efecto, se señala posteriormente que si para esa fecha no se había cancelado la mencionada suma se cobrarían, por parte de la fiduciaria, intereses de mora. No es entonces cierto que para esa fecha podía el señor Bloch decidir si optaba por cancelar en efectivo o mediante subrogación porque lo contractualmente convenido era que en ese día el señor Bloch pagaría los \$ 210.387.381 a su cargo.

El hecho de que la cláusula cuarta obligara al constituyente a tramitar y obtener de la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena S.A., en el caso de que decidiese procurarse los fondos mediante subrogación, se explica en virtud del hecho de que era esa corporación la que había otorgado el crédito para la construcción, lo cual debía facilitar el proceso de escrituración como se verá más adelante.

Es imperioso referirse a la cláusula séptima del contrato, la que, junto con las dos cláusulas vistas, permitirá lograr la comprensión del asunto en cuestión para efectos del laudo que ha de proferirse. Dice textualmente la mencionada cláusula séptima.

“Transferencia de la unidad. Una vez terminada la construcción, lo cual ocurrirá cuando el interventor y el constructor suscriban el acta de entrega final, la fiduciaria procederá a transferir a el constituyente, siempre que se encuentre a paz y salvo por todo concepto, la unidad de propiedad privada correspondiente, otorgando en una notaría de Bogotá la escritura pública y registrándola en la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá ...”. (Resalta el tribunal).

Como se puede claramente establecer, la transferencia de la unidad que, como ya se señaló, es objeto principal del contrato de conformidad con la cláusula segunda ya transcrita, estaba sujeta a dos condiciones encadenadas, fenómeno jurídico propio de los contratos bilaterales generadores de derechos y obligaciones correlativos para cada parte. En efecto, solamente cuando se terminará la construcción, nacía el derecho de

Bloch para exigirle a la fiduciaria que le transfiriera las unidades convenidas (obligación correlativa), pero solo sí y siempre que este estuviera a paz y salvo por todo concepto para con esta.

Así las cosas es menester, dentro de este contexto jurídico descrito, entrar a analizar la ocurrencia de los distintos hechos probados en el proceso para efectos de subsumirlos en el marco contractual establecido.

### 3.2. El marco fáctico

Como ya se dijo, el cumplimiento de la obligación de la fiduciaria de transferir las unidades inmobiliarias, estaba supeditado, por una parte, a una condición potestativa de un tercero, esto es, a que se terminara la construcción, lo cual ocurriría cuando el interventor y el constructor suscribieran el acta de entrega final y, por otra parte, a una condición potestativa del mismo constituyente Bloch de estar en paz y a salvo por todo concepto. Así, el derecho correlativo que legitimaba a Bloch para exigir que le transfirieran las unidades inmobiliarias, también dependía de que se terminara la construcción y simultáneamente, de un hecho propio, cual era estar en paz y a salvo para con la fiduciaria. Cobra entonces particular importancia determinar el momento en que se realizaron ambos hechos, a fin de determinar dentro de un contexto de responsabilidad contractual si se presentó o no incumplimiento de la sociedad fiduciaria o cumplimiento tardío, de conformidad con las pretensiones de la demanda.

Es hecho probado (Cfr. cdno. de pruebas adicionales de la parte demandada que contiene los anexos 1 a 9, fls. 85 a 86 anexo 7) y admitido por las partes que la terminación de la construcción ocurrió el 30 de noviembre de 1990. Acaecida esta condición, la obligación de transferir las unidades solo era exigible si el señor Bloch hubiese estado en paz y a salvo para esa fecha. No estando en paz y a salvo para esa fecha, la transferencia estaba pendiente de una condición suspensiva. Procede entonces determinar cuándo aconteció la mencionada condición.

Es necesario señalar aquí que por escrituras públicas 2248 de 30 de mayo de 1990 y 5040 de 29 de noviembre de 1990, ambas de la Notaría 25 de Bogotá y anteriores a la fecha de terminación de la construcción (nov. 30/90), se incorporaron los lotes y se subdividió en 421 unidades la III etapa (escritura 2248) y se incorporaron al régimen de propiedad horizontal con la correspondiente subdivisión de la III etapa (Cfr. escritura 5040, nov. 2/90 de la Notaría 25 de Bogotá, cdno. de pruebas adicionales de la parte demandada anexos 10 y 11, fls. 1 a 226). Lo anterior demuestra fehacientemente que las demoras en el registro, imputables a cualquier causa, para nada contribuyen ni a establecer la responsabilidad de la fiduciaria ni a exonerarla de la misma, pues solo el 30 de noviembre de 1990, y sometida a su vez a una condición, hubiera podido la sociedad transferir las respectivas unidades.

Está demostrado que el demandante no estuvo en paz y a salvo ni el 8 de marzo de 1990 ni el 30 de noviembre del mismo año, día en que se terminó la construcción. En efecto, solo el 7 de enero de 1992, la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria abonó a la Corporación Colmena la suma de \$ 270.000.000, quedando el señor Bloch en paz y a salvo por todo concepto (Cfr. fl. 83, cdno. de pruebas 7 de la correspondencia recaudada en diligencia de inspección judicial realizada en la sede de la parte actora). ¿Cómo se explica, entonces, que la Fiduciaria Colmena haya transferido las unidades pertinentes el 31 de octubre de 1991 por escritura pública 5067 de la Notaría 25 de Bogotá, esto es dos meses y siete días antes de que el demandante estuviese en paz y a salvo por todo concepto? ¿Cómo se explica este hecho cuando la misma demandada alega, para eximirse de responsabilidad, que no podía transferir las unidades por no estar el demandante en paz y a salvo?

Para despejar estos interrogantes el tribunal debe apoyarse en la atenta observación de la rutina con la que se desenvuelven en Colombia los negocios relacionados con inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal y contruidos con el apoyo de las corporaciones de ahorro y vivienda, sin que por ello pueda pensarse que el tribunal confunde, como lo sugiere el apoderado del demandado, la fiducia mercantil inmobiliaria con la compraventa de inmuebles.

La fiducia es un instrumento del que se valen las partes para el desarrollo de negocios de la más variada índole, de donde resulta que la fiducia es un medio, un mecanismo o un instrumento a través del cual se pretende realizar otro negocio jurídico separado y distinto del negocio fiduciario en sí, sometidos uno y otro a los mecanismos operativos que les son aplicables por razones legales o convencionales.

Si bien es cierto que este proceso recae sobre un negocio fiduciario como tal, para determinar el grado de diligencia que la sociedad fiduciaria tuvo en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es necesario acudir a las reglas legal y contractualmente aplicables al negocio subyacente.

Para el tribunal es claro que en la vida de los negocios las corporaciones de ahorro y vivienda desembolsan los créditos aprobados por ellas después de recibir el folio de matrícula inmobiliaria o certificado de tradición en el que conste que se han registrado tanto la escritura de compraventa como la hipoteca constituida en su favor, comportamiento que no solo resulta de lo que la prudencia les aconseja sino que, por si el sano juicio no fuera suficiente, también les es exigible por la propia (\*)Superintendencia Bancaria, entidad que así lo ha ratificado recientemente en su Circular 3 de 1992.

Esta rutina de las corporaciones de ahorro y vivienda de ordinario no se recoge en los contratos en cláusulas especiales, porque es de aquellas que se suponen conocidas y aceptadas por quienes celebran este tipo de negocios, en los cuales tales comportamientos se entienden exigibles con apoyo en los artículos 822 del Código de Comercio y el 1501 del Código Civil.

Lo dicho explica la razón por la cual la Fiduciaria Colmena transfirió las unidades el 31 de octubre de 1991, no obstante que aún no había recibido la suma de \$ 210.387.381, pues de la transferencia de las mismas al señor Bloch y de la constitución de la hipoteca dependía el desembolso por parte de Colpatria. Así, con la aprobación de dicha corporación, de fecha 17 de julio de 1991, se dio lugar al proceso de instrumentación de las transferencias de las unidades respectivas.

Así las cosas, es evidente que el 17 de julio de 1991, con la aprobación por parte de la Corporación Colpatria del crédito hipotecario al señor Bloch, se cumplió la condición de la que pendía la exigibilidad de la obligación de la Fiduciaria Colmena de transferir las unidades al demandante.

En efecto, para esa fecha estaban subsanados los diversos problemas del registro de la III etapa, la construcción estaba terminada, y si bien el señor Bloch no había cancelado la suma adeudada, ello no constituía motivo de incumplimiento, porque estaba en imposibilidad de hacerlo, de conformidad con las reglas del mercado, pues habiendo hecho uso de la facultad contractual de pagar lo adeudado mediante subrogación, el desembolso solo se produciría una vez acreditada la transferencia de las unidades y el registro de la hipoteca en favor de la corporación.

La Sociedad Bloch Niño, como cesionario que era de los derechos y obligaciones inicialmente constituidos y radicados en cabeza del señor Alfred Bloch Dietzel, con apoyo en la letra del contrato de que da cuenta la escritura pública 549 del 22 de febrero de 1988 de la Notaría 25 de Bogotá, no podía exigirle a Fiduciaria Colmena que le transfiriera el beneficio sino cuando estuviese en paz y a salvo por todo concepto.

Empero, con apoyo en el artículo 871 del Código de Comercio, el cual antes que mandar enseña que los contratos han de celebrarse y ejecutarse de buena fe y que, en consecuencia, obligan no solamente a lo expresamente pactado en ellos sino a lo que se derive de la costumbre y de la equidad natural, sí podía aspirar y, en términos de derecho positivo, exigir que Fiduciaria Colmena facilitara el proceso de escrituración. Con base en lo anterior, el tribunal no vacila en concluir que si bien la transferencia del beneficio solo podía realizarse una vez que el fideicomisario estuviere en paz y a salvo por todo concepto, en realidad, las partes atendiendo la naturaleza del negocio subyacente al contrato de fiducia inmobiliaria, estuvieron de acuerdo en que con la sola aprobación por parte de Colpatria del crédito que se concedería, Fiduciaria Colmena debía iniciar el proceso de escrituración pertinente. Si como se ha dicho, Colpatria comunicó el 17 de julio de 1991 la aprobación del crédito a Bloch Dietzel y la Fiduciaria Colmena solo suscribió la escritura el 31 de octubre de 1991, lo que debe examinarse enseguida es qué conducta asumió la última en ese período, a efectos de establecer si obró de manera descuidada o negligente.

Dicho de otra manera, el tribunal en vez de suponer que la fecha a partir de la cual la Fiduciaria Colmena debía transferir el beneficio, era el 8 de marzo de 1990 o el 30 de noviembre de 1990, la sitúa en el 17 de julio de 1991, se insiste, fecha en la que Colpatria aprobó la solicitud de crédito, por la suma requerida, a Alfred Bloch Dietzel. Así las cosas, como la escrituración vino a producirse el 31 de octubre de ese año, lo que resta es averiguar qué pasó en este período.

### 3.3. Del cumplimiento por parte de Fiduciaria Colmena de la obligación de transferir el dominio de las unidades inmobiliarias

Para el tribunal es claro que no hubo tardanza en la suscripción de la escritura a partir del 17 de julio de 1991, y que de haber existido, en todo caso él no fue imputable a Fiduciaria Colmena, como enseguida se precisa.

En primer lugar, la misma Corporación Colpatria en su carta del 5 de junio de 1991, (Cfr. cdno. de pruebas conjuntas y de Ofi., fls. 198 y 199), ratificada en la del 17 del mismo mes y año (Cfr. cdno. de pruebas conjuntas y de Ofi., fl. 196), al comunicar la aprobación del crédito, estaba señalando un término de noventa días para instrumentar y diligenciar todos los requisitos exigidos. El señalamiento de tal plazo significaba que los noventa días solo se consolidarían el 17 de octubre de 1991, desde luego, asumiendo que la Fiduciaria Colmena hubiere sido informada el 17 de julio de 1991 de la aprobación del crédito a Bloch Dietzel.

Dicho de otra forma, asumiendo que a partir del 17 de julio de 1991 se computara el plazo de noventa días, este se consumió el 17 de octubre de ese año, esto es, dos semanas antes de que se firmara la escritura de transferencia de beneficio, lapso que no se aprecia traumático en el desarrollo y cumplimiento de tal obligación, mirado en el contexto de todo lo que aconteció.

La referida escritura pública de transferencia del beneficio, dada la forma cómo se pagaría el saldo final, no podía ser suscrita solo entre fiduciaria y el beneficiario, sino que necesariamente demandaba la presencia de la Corporación Colpatria.

En esas condiciones, la intervención de un tercero vino a significar un trámite adicional normal, dado que la Corporación Colpatria debió adelantar estudio de títulos, lo cual realizó mediante documento calendado a 30 de septiembre de 1991 (Cfr. fls. 41 a 49).

En ese estudio de títulos la corporación hizo algunas observaciones que debieron resultar determinantes en las tramitaciones que continuaron con posterioridad.

De otra parte, Fiduciaria Colmena no estuvo descuidada ni desentendida del proceso de escrituración de la transferencia ni de la subrogación, pues, por el contrario, de la comunicación del 1º de agosto de 1991, (Cfr. fls. 60 y 61, cdno. de pruebas 7 recaudado

en la inspección realizada en la sede de la entidad actora) dirigida al señor Alfred Bloch Dietzel, se deduce que no solo le estaba precisando el alcance de algunas instrucciones, sino que además le estaba ratificando que buena parte de los requisitos exigidos ya habían sido diligenciados y se encontraban en poder del destinatario de la misma. Es decir, lo que las piezas procesales muestran, es que después de que Fiduciaria Colmena tuvo noticia de que había sido aprobado el crédito por Colpatria, colaboró con el fiduciante para que pudiese suscribirse la escritura, que como se ha dicho, debía contener dos actos: la transferencia y la constitución de la hipoteca.

A todo lo anterior debe sumarse que el trámite de escrituración es normalmente dispendioso en la labor de las mismas notarias, hecho que no se descarta en este evento, dado que se trataba de un instrumento que requirió la firma de los tres comparecientes, lo que necesariamente debió pesar en la definición de la fecha en la que el notario 25 de Bogotá autorizó la escritura 5067 del 31 de octubre de 1991.

Así las cosas, si en los noventa días siguientes al 17 de julio de 1991 debía escriturarse la transferencia del beneficio y la constitución de la hipoteca, y ello se produjo el 31 de octubre de 1991, no se aprecia culpa, negligencia o descuido por parte de Fiduciaria Colmena, pues al contrario, las evidencias procesales, lo que permiten deducir es que el tiempo transcurrido fue el normal, como también que la entidad fiduciaria no dejó solo en ese trámite al fiduciante sino que le prestó valiosa ayuda.

En ese orden de ideas, el tribunal solo puede concluir que si Fiduciaria Colmena estaba obligada a escriturar a partir del 17 de julio de 1991, y solo lo hizo el 31 de octubre de 1991 ello no se debió a culpa suya ni a negligencia, y por lo tanto la pretensión encaminada a que se haga tal declaración habrá de ser denegada.

#### 4. Del fracaso de las pretensiones incoadas

Con base en todo lo anterior, el tribunal despachará desfavorablemente las pretensiones incoadas, por cuanto no se probó que Fiduciaria Colmena S.A. hubiere transferido a la Sociedad Bloch Niño & Cía. S en C.-Blomag S. en C., las unidades inmobiliarias objeto de la fiducia, "... en forma tardía y onerosa ...".

Aun cuando sobran nuevas consideraciones sobre el tema de si el tribunal puede o no pronunciarse oficiosamente sobre motivos que constituyan excepciones de mérito, punto ya definido en este laudo, conviene precisar sí, que el fracaso de los pedimentos obedece a que el actor no probó los supuestos de hecho de los que aspiraba a deducir los efectos jurídicos del incumplimiento y sus consecuencias.

En efecto, reza el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que "... incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen ...", lo que, en el presente caso, obligaba al actor a demostrar que la Fiduciaria Colmena le había transferido con tardanza los bienes objeto de fiducia.

El actor y también la parte demandada, cada una desde su trinchera dialéctica, sostuvieron posiciones enfrentadas sobre los sucesos acaecidos en la oficina de registro de instrumentos públicos del norte de Bogotá. En efecto, el demandante abundó en razones para evidenciar la tardanza, mientras que la parte demandada alegó impericia de las autoridades de registro, y en últimas un hecho imputable a un tercero.

El tribunal a este respecto acudiendo a la facultad de decretar pruebas de oficio, y con el propósito de establecer lo que durante todo el proceso las partes discutieron con ardentía, arrió al plenario numerosas pruebas, que en vez de haber resultado insuficientes o necias, finalmente le permitieron llegar a determinar una verdad diferente a la debatida en este litigio.

En efecto, el tribunal habiendo situado la fecha a partir de la cual Fiduciaria Colmena debía cumplir su obligación de transferir al fiduciante las unidades inmobiliarias objeto de fiducia, en oportunidad diferente a las indicadas por las partes, encontró innecesario

insistir en el debate sobre si la oficina de registro de instrumentos públicos había obrado bien o no al declinar el registro de la escritura de reforma al reglamento de propiedad horizontal, como también en los motivos que tuvo la fiduciaria para suscribir la escritura 2248 del 30 de mayo de 1990 de la Notaría 25 de Bogotá, que terminó adoptando todas las sugerencias de la oficina de registro de instrumentos públicos, y, finalmente, si la fiduciaria había obrado atendiendo instrucciones de los órganos del patrimonio autónomo. Ciertamente, tales diferencias sucumbieron ante la contundente apreciación del tribunal, que no le permitió encontrar la prueba de la tardanza en la escrituración de las unidades inmobiliarias.

Establecido que no hubo tardanza, igual suerte ha de correr el otro sustento del pedimento, esto es, que la transferencia se produjo en forma "... onerosa ...". En efecto, como vino formulada la pretensión primera, para su prosperidad está supeditada a que se estableciera primero la tardanza, para enseguida determinar si la transferencia fue onerosa. Como no se probó la tardanza, menos podría abrirse camino el pedimento en cuanto a la alegada onerosidad.

En relación con las pretensiones segunda y tercera, están llamadas a correr igual suerte, pues fueron formuladas como consecuenciales de la primera.

Así las cosas, el tribunal despachará desfavorablemente todas las pretensiones, pero no en virtud de la prosperidad de las excepciones de mérito planteadas por la parte demandada en su alegato de conclusión, sino por no haberse probado que la transferencia de las unidades inmobiliarias que hiciera Fiduciaria Colmena a la parte actora, hubiese sido "... tardía y onerosa ...".

#### 5. Condena en costas

Con fundamento en lo previsto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil y en el inciso 2º del artículo 33 del Decreto 2279 de 1989, habiendo resultado vencida la parte actora, como así se declarará en la parte resolutive, es del caso condenarla al pago de la totalidad de las costas causadas en este proceso, según la siguiente liquidación:

1. Por concepto de reembolso a la parte demandada de la cantidad que depositó a título de honorarios y gastos del tribunal, la suma de \$ 10.375.000
  2. Reembolso de los honorarios pagados a los peritos contadores (cdno. 1, fl. 208 a 212) 2.500.000
  3. Por concepto de agencias en derecho la suma de 5.500.000
- Total \$ 18.375.000

#### III. Decisión

Con base en lo expuesto, el tribunal de arbitramento integrado para dirimir en derecho las diferencias suscitadas entre la Sociedad Bloch Niño y Cía. S en C., Blomag S. en C. y Fiduciaria Colmena S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

1. Declarar que Fiduciaria Colmena S.A. no obró en forma descuidada ni negligente en el cumplimiento de sus obligaciones que como fiduciario asumió en virtud del contrato de fiducia consignado en la escritura pública 549 del 22 de febrero de 1988 de la Notaría 25 de Bogotá, por cuanto no se probó que hubiere transferido en forma tardía ni onerosa a la Sociedad Bloch Niño y Cía. S. en C.-Blomag S. en C., las unidades inmobiliarias objeto del referido contrato, y en consecuencia, denegar todas las pretensiones formuladas en la demanda, por las razones que se dejaron expuestas en la parte motiva de este laudo.
2. Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la Sociedad Bloch Niño y Cía. S. en C., Blomag S. en C., a pagar a la Fiduciaria Colmena S.A., dentro de los diez días

siguientes a la ejecutoria del presente laudo, a título de costas causadas en este proceso, la suma de \$ 18.375.000, según la siguiente discriminación:

- a) Por concepto de reembolso a la parte demandada de la cantidad que depositó a título de honorarios y gastos del tribunal, la suma de \$ 10.375.000
  - b) Reembolso de los honorarios pagados a los peritos contadores (cdno. 1, fl. 208 a 212) 2.500.000
  - c) Por concepto de agencias en derecho la suma de 5.500.000
- Total \$ 18.375.000

3. Por secretaría hágase entrega a los apoderados de las partes de copias auténticas del presente laudo.

4. En firme el presente laudo, por secretaría remítase copia del mismo a la Procuraduría General de la Nación, delegada en lo civil, y protocolícese el expediente en una notaría del lugar, con cargo al rubro de la suma de gastos depositada a órdenes del presidente del tribunal.

Notifíquese y cúmplase.

---

#### Laudo Arbitral

Bloch Niño & Cía. S. en C.-Blomag S. en C.

vs.

Fiduciaria Colmena S.A.

Octubre 26 de 1993

Tribunal de Arbitramento

Santafé de Bogotá, D.C., octubre catorce (14) de mil novecientos noventa y tres (1993). Siendo las dos y treinta p.m. (2.30 p.m.), del día señalado en auto del catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993), se reunió el Tribunal de Arbitramento convocado por Bloch Niño & Cía. S. en C., Blomag S. en C., contra Fiduciaria Colmena S.A., integrado por los árbitros doctores Ramiro Bejarano Guzmán, quien lo preside, Ximena Tapias Delporte y Darío Laguado Monsalve, y por el secretario doctor Enrique Laverde Gutiérrez, en presencia de los apoderados Luis Fernando Salazar y Gilberto Peña Castrillón.

El presidente declaró abierta la audiencia, y al efecto la secretaría informó que oportunamente el apoderado de la sociedad demandante había presentado memorial de aclaración y adición del laudo proferido, del cual se ordenó dar lectura.

Concluida la lectura del anterior memorial, el tribunal profiere el auto apoyado en las consideraciones que a continuación se enuncian.

#### Auto

Para que proceda la aclaración de un fallo, es preciso que haya un verdadero motivo de duda sobre un concepto o frase, siempre que esté contenido en la parte resolutive del mismo o influya en ella. A su turno, para que se abra camino la complementación, es necesario que el laudo hubiere omitido pronunciarse sobre las pretensiones o las excepciones (CPC., arts. 309, 311).

En el presente caso, el tribunal no accederá a aclarar ni a adicionar el laudo, porque ninguna de las cuatro solicitudes consignadas en el memorial reúne los requisitos antes expuestos, pues en verdad, unas consisten en reparos a las conclusiones adoptadas en el fallo, y otras pretenden que el tribunal modifique su propio laudo, temas completamente ajenos tanto a la complementación como a la aclaración.

1. En relación con el primer punto, el peticionario solicita se complemente el laudo para que haya un pronunciamiento expreso sobre los documentos que se incorporaron en el curso de la diligencia de inspección judicial celebrada en la Corporación de Ahorro y

Vivienda Colmena S.A. el día 14 de julio de 1993, porque, a su juicio, de ellos se deduce que su poderdante sí estuvo presto a cumplir en el mes de marzo de 1990 la obligación de pagar el saldo de la suma a su cargo. Nada tiene que complementar el laudo sobre este aspecto, por varias razones:

- a) En primer lugar, no es exacta la afirmación del memorialista según la (sic) se hubiere sostenido que el señor Alfred Bloch Dietzel hubiere estado en paz y a salvo con la sola aprobación del crédito por parte de Colpatria, pues, por el contrario, el tribunal exploró las razones por las cuales a pesar de que ello solo ocurrió el 7 de enero de 1992, Fiduciaria Colmena transfirió el 31 de octubre de 1991 las unidades inmobiliarias;
- b) Aun cuando al señor Bloch Dietzel se le hubiere aprobado su solicitud de crédito en marzo o julio de 1990, lo cierto es que para esa época no estando todavía concluida la obra, Colmena no estaba obligada a transferir el dominio de las unidades correspondientes;
- c) Independientemente de que a Bloch Dietzel se le hubiere aprobado el crédito por la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena S.A. lo evidente es que ello resultó intrascendente, precisamente porque el propio beneficiario no instrumentó su utilización para los fines de atender el pasivo con Colmena, y por tanto ninguna relevancia podía tener en la argumentación sostenida en el laudo;
- d) Es decir, si la inquietud ha sido planteada para alegar que hubo una voluntad de pago en marzo de 1990, lo evidente es que el actor jamás la concretó, pues no utilizó el crédito que le había sido aprobado por esa corporación sino por otra y en época bien distante. El cumplimiento de la obligación de Bloch Dietzel no se atendía con la sola voluntad de pago, pues era necesario que este se produjese, y
- e) De otra parte, nada tiene que complementar el tribunal sobre el examen del cumplimiento de las obligaciones y la consiguiente responsabilidad del fiduciario, pues abundó en razones para precisar aquellas y denegar la declaratoria de esta. La lectura de la parte resolutive del laudo, permite apreciar como no se dejó de resolver ninguno de los pedimentos planteados por las partes, y en esas condiciones resulta improcedente la complementación solicitada.

2. En segundo lugar, el peticionario pretende al mismo tiempo que se aclare y complemente el laudo, en relación con los alcances de la carta del 17 de julio de 1991, con base en la cual Colpatria comunicó a Bloch Dietzel la aprobación del crédito, pues a su entender debió haberse tenido en cuenta la del 5 de junio de 1991. Tampoco este pedimento puede ser acogido por las siguientes razones:

- a) No es viable solicitar simultáneamente respecto de un mismo punto, su aclaración y complementación, pues ello riñe con la lógica. En efecto, mal puede resultar confuso un concepto si sobre el mismo no ha existido pronunciamiento;
- b) De otra parte, para el tribunal es absolutamente claro que si bien es cierto hubo una primera carta de aprobación del crédito del 5 de junio de 1991, ante la solicitud de incremento del monto aprobado formulada por el mismo demandante, la aprobación solo vino a quedar en firme el 17 de julio de ese año, como se desprende de la comunicación a la que se hizo referencia en múltiples oportunidades, y
- c) Dicho de otra manera, mal podía el tribunal tener como fecha de aprobación del crédito el 5 de junio de 1991, cuando el mismo Bloch Dietzel solicitó y obtuvo de la corporación una ampliación de su crédito el 17 de julio de 1991. De proceder bajo la premisa del actor, no podría superarse la contradicción de que el solicitante hubiere gozado de un crédito superior al que le había sido aprobado en la carta del 5 de junio de 1991.

3. En tercer lugar, el peticionario pretende que se aclare el laudo en el sentido de precisar si hubo o no retardo en el cumplimiento de la obligación a cargo de Colmena, y

si tal retardo fue o no probado, porque, a su juicio, en este tema encuentra que el laudo “... es confuso y absolutamente contradictorio entre su parte motiva y su parte resolutive” (Cfr. fl. 7 del escrito). Tampoco accederá el tribunal a esta solicitud por las siguientes razones:

- a) No es cierto que el tribunal hubiere establecido que Fiduciaria Colmena cumpliera con retardo su obligación de transferir el dominio al actor, y mucho menos, que en la parte resolutive haya adoptado una decisión encontrada con las apreciaciones consignadas en la parte motiva. La palabra o la connotación retardo no la utilizó jamás el tribunal, y por tanto se trata de una interpretación del actor que no consulta las consideraciones consignadas en el laudo;
- b) El actor ha confundido el alcance de lo sostenido por el tribunal acerca del plazo de noventa días para suscribir la escritura pública de transferencia del dominio y de subrogación del crédito, porque no es exacta su conclusión de que implícitamente se hubiere establecido que el cumplimiento de la obligación de transferir el dominio de las unidades inmobiliarias, a cargo de Colmena, se hubiere realizado con dos semanas de retardo;
- c) En efecto, el plazo de noventa días para que se suscribiera la escritura pública fue concedido por Colpatria a Bloch Dietzel, y no a Colmena. Para Colmena lo que surgió a partir del 17 de julio de 1991, cuando Colpatria le comunicó a Bloch Dietzel la aprobación de su solicitud de crédito, fue la obligación de transferir el dominio de las unidades inmobiliarias, la que, a juicio del tribunal, cumplió dentro de las condiciones normales, habida cuenta de que el acto notarial requería, además de la presencia de Colmena, la de Bloch Niño y la de Colpatria;
- d) Si el plazo de noventa días lo impuso Colpatria a Bloch Dietzel, y si la corporación no le dio importancia al hecho de que se suscribiera la escritura pasadas dos semanas del referido lapso, ello lo que está indicando no es que Colmena hubiere cumplido con catorce días de retardo o que hubiere incumplido, sino lo que se sostuvo en el laudo, esto es, que el tiempo que transcurrió entre el 17 de julio y el 31 de octubre de 1991 “... fue el normal ...” (Cfr. cdno. del laudo, fl. 27);
- e) De no considerarse así el asunto, Bloch Niño, valido de una misma situación de hecho estaría, por una parte pretendiendo responsabilidad a cargo de Colmena, pero, por la otra, ignorando que Colpatria finalmente sí le otorgó el crédito concedido, a pesar de no haber suscrito la escritura dentro del plazo de los noventa días. Es decir, bajo esa óptica el actor únicamente tendría atención para la mora ajena y no para la propia, y
- f) Ciertamente, contrario a lo que sostiene el actor, el tribunal en vez de encontrar tardío el cumplimiento de las obligaciones por parte de Fiduciaria Colmena, llegó a una conclusión diferente, y ello no solo se expresó con total claridad en la parte motiva sino también en la resolutive. Obsérvense, a título de ejemplos, los siguientes apartes de los considerandos del laudo, cuya claridad es protuberante:

Se dijo en primer término:

“Así las cosas, si en los noventa días siguientes al 17 de julio de 1991 debía escriturarse la transferencia del beneficio y la constitución de la hipoteca, y ello se produjo el 31 de octubre de 1991, no se aprecia culpa, negligencia o descuido por parte de Fiduciaria Colmena, pues al contrario, las evidencias procesales, lo que permiten deducir es que el tiempo transcurrido fue el normal, como también que la entidad fiduciaria no dejó solo en ese trámite al fiduciante sino que le prestó valiosa ayuda”. (resalta el tribunal Cfr. cdno. del laudo, fl. 27).

Como para que no quede duda alguna adviértase cómo el tribunal volvió a insistir sobre su argumentación, así:

“Establecido que no hubo tardanza, igual suerte ha de correr el otro sustento del pedimento, esto es, que la transferencia se produjo en forma “... onerosa ...”. En efecto, como vino formulada la pretensión primera, para su prosperidad está supeditada a que se estableciera primero la tardanza, para enseguida determinar si la transferencia fue onerosa. Como no se probó la tardanza, menos podría abrirse camino el pedimento en cuanto a la alegada onerosidad” (destaca el tribunal Cfr. cdno. del laudo, fl. 28).

Sobre tales pilares logísticos, se sustentó la decisión contenida en el numeral 1º de la parte resolutive, la que, contrario a lo afirmado por el actor, fue perfectamente coherente y consecuente con los considerandos del laudo, pues al declarar que Fiduciaria Colmena S.A. no había obrado en forma descuidada ni negligente en el cumplimiento de sus obligaciones, ratificó que ello se debió a no haberse probado que ella ...

“... hubiere transferido en forma tardía ni onerosa a la Sociedad Bloch Niño y Cía. S. en C., Blomag S. en C., las unidades inmobiliarias objeto del referido contrato ...” (destaca el tribunal Cfr. cdno. del laudo, fl. 30), y

g) Nada tiene que aclarar el tribunal sobre este tema, pues las premisas en que se apoya la solicitud del memorialista no coinciden con las que se tuvieron en cuenta en el laudo. En efecto, el tribunal dedicó el aparte 3.3 de los considerandos del laudo, para definir el cumplimiento por parte de Fiduciaria Colmena de la obligación de transferir el dominio de las unidades inmobiliarias, en términos absolutamente claros y consecuentes con la parte resolutive. Si el actor no comparte las motivaciones y decisiones del laudo, otro será el camino para infirmar aquellas y revocar estas.

4. Finalmente, la solicitud de ser más explícito el laudo en relación con la condena en costas, por cuanto al no haberse acogido las excepciones del demandado no podía imponerse condena en la totalidad de las mismas al actor, también habrá de negarse por improcedente, atendidas las siguientes razones:

a) Habiéndose dicho en el laudo que por haber resultado vencida la parte actora se le impondría la condena al pago de la totalidad de las costas, con fundamento en lo previsto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil y en el inciso 2º del artículo 33 del Decreto 2279 de 1989, sobra cualquier comentario o aclaración. En efecto, en esa redacción sencilla está no solo la explicación del por qué de tal determinación sino su sustento jurídico;

b) Por lo demás, no es exacta la apreciación del memorialista en cuanto supone que a pesar de no acogerse las pretensiones por motivos diferentes a los planteados como excepciones por el demandado, las costas deben ser compartidas, pues lo que la ley indica es diferente. Ciertamente, lo que el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil manda es condenar a quien haya perdido el proceso íntegramente, como ocurrió en este evento, no importa que la causa de tal fracaso haya sido la prosperidad de las excepciones o la falta de prueba de los hechos en que se apoyaban las pretensiones, y

c) De otra parte, el tribunal advierte notoria confusión en el pedimento del memorialista, pues aun cuando en principio solicitó la aclaración de este punto, finalmente demandó su adición, para que se impusiera condena en costas a la parte demandada, lo que no puede ser de recibo por ningún motivo, porque, como ya se dijo, no puede pedirse simultáneamente la aclaración y adición de un mismo punto, y además, porque lo que el peticionario pretende es que el tribunal cambie su decisión en materia de costas, lo que está expresamente prohibido por el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil.

Con base en lo anterior, el tribunal deniega la solicitud de aclaración y adición del laudo formulada por el apoderado de la parte actora.

La anterior providencia queda notificada en estrados.