



236 Febrero 10

F/26079
AA 14851258

FECHA: FEBRERO DIEZ (10) DEL AÑO 2004. - - - - -
 ESCRITURA NUMERO: DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS
 - - - - - (# 236) - - - - -
 NATURALEZA DEL ACTO: PROTOCOLIZACION
 DOCUMENTOS DEL EXPEDIENTE CONTENTIVO DEL
 PROCESO ARBITRAL

REPUBLICA DE COLOMBIA
 DEPARTAMENTO DE ANTOQUIA
 MEDULLIN
 DRA. MARY ORTIZ GAVIRIA
 NOTARIA SEPTIMA
 ENCARGADA

DE: JOSE RAUL JARAMILLO ZULOAGA Y ANA ISABEL MORALES VELEZ
 CONTRA: "ALIANZA FIDUCIARIA S.A."

Yuliet V.

En el Municipio de Medellín, Departamento de Antioquia, República de Colombia, a los diez - - - - - (- 10) días del mes de febrero del año dos mil cuatro (2004), ante el Despacho de la Notaría Séptima del Círculo Notarial de Medellín, cuya Notaria Encargada es la Doctora MARY ORTIZ GAVIRIA, se presentó el doctor IGNACIO MEJIA VELASQUEZ, mayor de edad, vecino de esta ciudad de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía número 525.067 - - - - - expedida en Medellín - - - quien obra en este acto en su calidad de Presidente del Tribunal de Arbitramento, y en tal calidad manifestó:-----

PRIMERO: Que presenta para su protocolización en esta Notaría EL EXPEDIENTE CONTENTIVO DEL PROCESO ARBITRAL promovido por los señores JOSE RAUL JARAMILLO ZULOAGA Y ANA ISABEL MORALES VELEZ contra "ALIANZA FIDUCIARIA S.A.", el cual se compone de ocho (8) cuadernos, con un total de 781 folios, el cual se describe así:-----

CUADERNOS	TITULO	FOLIOS
1	ETAPA PREARBITRAL - ACTUACION DEL CENTRO DE ARBITRAJE	59
2	DEMANDA Y ANEXOS - SANEAMIENTO DE DEMANDA	138
3	CONTESTACION DEMENDA Y ANEXOS - REPLICA A EXCEPCIONES DE MERITO	228
4	ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO	197
5	TESTIMONIOS E INTERROGATORIOS DE PARTE	67
6	DICTAMEN PERICIAL	52
7	INSPECCION JUDICIAL	29
8	TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN - SALA CIVIL (PROCESO ARBITRAL)	11
TOTAL		781

SEGUNDO: En atención a lo solicitado por el compareciente, la Notaría lo insertó desde ahora en el protocolo de esta Notaría, en el lugar, con la fecha y bajo el número que le corresponda, para que forme parte de él, surta efectos legales y los interesados puedan

en cualquier momento solicitar las copias que necesiten y tengan a bien.-----

Hasta aquí la minuta presentada por el Dr. Alvaro Francisco Gaviria. -----

Leída la presente escritura por el compareciente, la encuentra correcta, la aprueba y la firma con la Notaria que da fe. -----

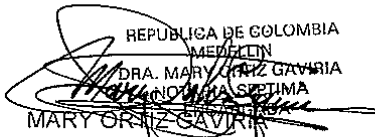
Derechos Notariales \$ 33,390.00 Resolución No. 0250 de enero 26 de 2004. -----

IVA \$5.342.00 Ley 223 de 1995. La presente escritura se elaboro en las hojas de papel Notarial No. AA 14851258. -----



IGNACIO MEJIA VELASQUEZ

C.C. No. *V-2V-067 Med*


REPUBLICA DE COLOMBIA
MEDELLIN
DRA. MARY ORTIZ GAVIRIA
NOTARIA SEPTIMA
MARY ORTIZ GAVIRIA

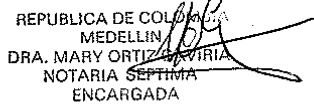
NOTARIA SÉPTIMA ENCARGADA

NOTARIA SEPTIMA

Es ^{2a} y fiel copia de la escritura N° 236/2004

Se expide en 1 hojas se destina para CENTRO DE ARBITRAJE

Medellin 12 de FEBRERO de 2004


REPUBLICA DE COLOMBIA
MEDELLIN
DRA. MARY ORTIZ GAVIRIA
NOTARIA SEPTIMA
ENCARGADA

LAUDO ARBITRAL

Medellín, catorce de octubre de dos mil tres

En virtud de la providencia que aquí se plasma, y que tiene la naturaleza de LAUDO, los suscritos Árbitros deciden de fondo, por mayoría, la controversia que se suscitó entre los señores JOSÉ RAÚL JARAMILLO ZULOAGA y ANA ISABEL MORALES VÉLEZ, de un lado, y la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., del otro lado; litigio cuya solución le fue encomendada a la jurisdicción arbitral por consenso de las partes en conflicto.

I. EL TRÁMITE PROCESAL

El 19 de septiembre de 2002, el abogado MATEO DUQUE FISHER, en ejercicio de poder conferido por JOSÉ RAÚL JARAMILLO ZULOAGA y ANA ISABEL MORALES VÉLEZ, que obra en el folio 1 del cuaderno número 1 del expediente, presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín solicitud de integración de un Tribunal de Arbitramento, con el fin de que por éste se dirimieran las diferencias presentadas entre aquellas personas naturales y la persona jurídica denominada ALIANZA FIDUCIARIA S.A., con motivo del contrato de fiducia mercantil, según documento que fue denominado "FIDEICOMISO FUENTE DE PAGO", el cual fue objeto de modificaciones posteriores.

El pacto arbitral en que se sustentó el pedimento de convocatoria al arbitraje, fue la cláusula compromisoria recogida en el documento privado antes mencionado, cuyo texto es el siguiente:

"Décima Cuarta. Tribunal de Arbitramento.

Cualquier diferencia que surja entre las partes enunciadas en la cláusula primera, con ocasión de este contrato o de su celebración, su ejecución o de su liquidación se someterá a la decisión de un tribunal de arbitramento constituido por tres árbitros que designará la CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN. Su decisión será en derecho y deberá regirse por lo dispuesto en el D. 2279 de 1989..." (folio 30, cuaderno 1).

El día 20 de septiembre de 2002, la Señora Jefe de la Unidad de Arbitraje del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, admitió la petición de integración del Tribunal Arbitral, y ordenó notificar la decisión y dar traslado a la sociedad convocada para contestar la demanda (folio 1, cuaderno de actuación del Centro de Arbitraje).

El 25 de septiembre, el señor SERGIO GÓMEZ PUERTA, en su calidad de segundo suplente del presidente de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., se notificó personalmente de la decisión por la cual se admitió la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento (folio 9 ibidem), misma persona que le otorgó poder a la abogada ANGELA PATRICIA RAMÍREZ GIRALDO para representar procesalmente a la convocada, quien dio respuesta extemporánea a la demanda (folios 1 y 12 vuelto, cuaderno 2).

La abogada RAMÍREZ GIRALDO, con fecha de octubre 23 de 2002, renunció al mandato judicial que la sociedad demandada le había procurado.

La audiencia de conciliación se celebró el día 1° de noviembre de 2002, sin que se hubiera logrado acuerdo entre las partes, ni siquiera parcial, sobre el asunto litigioso.

El 6 de noviembre siguiente el señor SERGIO GÓMEZ PUERTA, en ejercicio de la representación legal que ostentaba, le concedió poder a la abogada MARTA INES VELÁSQUEZ RAMÍREZ "para que represente a la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. durante el trámite prearbitral y arbitral vinculado al asunto de la referencia"; apoderada que, con invocación de lo previsto en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil aportó pruebas documentales y solicitó la práctica de testimonios e interrogatorio de parte (escritos autenticados el 6 de noviembre que obran a folios 89 a 92 del cuaderno número 2).

La Cámara de Comercio de Medellín designó como Árbitros a los suscritos REINALDO ESCOBAR DE LA HOZ, IGNACIO MEJIA VELÁSQUEZ y ALVARO ISAZA UPEGUI (acta visible a en el folio 23 del cuaderno de actuación del Centro de Arbitraje), quienes dentro del plazo legal aceptaron los nombramientos (folios 28, 33 y 34 del mismo cuaderno).

La audiencia de instalación se llevó a cabo el 11 de diciembre de 2002; en ella se eligió como Presidente al Arbitro IGNACIO MEJIA VELÁSQUEZ y como Secretario al abogado

ALVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO, a quien allí mismo se le dio posesión; se regularon los honorarios y gastos del proceso y de administración del Centro de Arbitraje, se fijó el lugar de funcionamiento del Tribunal y se recibió el expediente con la actuación surtida hasta ese momento (folios 1 a 5 del cuaderno número 3).

En consideración a que los convocantes depositaron en manos del Presidente del Tribunal lo que a ellos concernía en materia de honorarios y gastos, e igualmente lo hicieron por lo que a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. le incumbía en el mismo sentido (folio 51, cuaderno de actuación del Centro de Arbitraje), se citó para primera audiencia de trámite, la que se efectuó el 14 de febrero de 2003 y en ella se ordenó a la parte demandante subsanar defectos advertidos en la demanda en cuanto a la adecuación de los hechos con las pretensiones formuladas y corregir la indebida acumulación de pretensiones en aquella observada, amén del cumplimiento de otros requisitos; por lo cual se suspendió la dicha primera audiencia para proseguirla en fecha posterior, previo traslado a la provocada de la demanda debidamente adecuada por los actores. Contestado tempestivamente el libelo, la compañía demandada se opuso a las pretensiones deducidas por los convocantes e introdujo excepciones previas y de fondo. Acerca de las primeras (*"ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones"* y *"no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios"* – folios 207 y 208, cuaderno 2), el Tribunal resolvió abstenerse de darles trámite, por no ser conducentes, según lo prevé el estatuto arbitral, y de las excepciones de mérito, las cuales se enunciarán más adelante en este laudo, se corrió traslado a los demandantes quienes replicaron a ellas (folios 218 a 228 del cuaderno número 2).

El 17 de marzo de 2003 se continuó con la primera audiencia de trámite, en la que se adoptaron decisiones –negativas– sobre llamamiento a terceros y se decretaron las pruebas pedidas por las partes, consistentes en documentos, testimonios, interrogatorios de parte y peritación.

Valga apuntar que en el expediente se encuentra acreditado el pago del impuesto de timbre generado con motivo del documento que recoge el contrato firmado por las partes (folio 229 del cuaderno 2).

Las pruebas ordenadas se practicaron en su totalidad. El dictamen pericial fue sometido al trámite legal de contradicción, mismo que no fue objetado por error grave.

El Tribunal, de manera oficiosa, decretó y practicó prueba de inspección judicial, con exhibición de documentos, al libro de registro de accionistas de la sociedad INVERMÉDICAS S.A., la que tuvo lugar el 1° de septiembre de 2003, diligencia que se halla recogida con las copias tomadas de los documentos exhibidos en el cuaderno número 6 del expediente.

Los suscritos Árbitros escucharon las alegaciones de las partes, las que quedaron incorporadas en escritos agregados al expediente en los folios 108 a 133 del cuaderno número 3.

El término de vigencia del proceso arbitral fue prorrogado por voluntad conjunta de las partes, por dos meses más, según manifestaciones expresadas en memoriales obrantes en los folios 134 y 135 del mismo cuaderno 3.

Finalmente, por auto dictado el 30 de septiembre de 2003, el Tribunal señaló fecha de emisión y lectura del laudo arbitral para el día de hoy (14 de octubre).

II. LA DEMANDA INSTAURADA POR JOSÉ RAÚL JARAMILLO y ANA ISABEL MORALES VÉLEZ

1. SÍNTESIS DE LA CAUSA PETENDI

Da cuenta el libelo de cómo el doctor JOSE RAÚL JARAMILLO ZULOAGA llegó a ser titular, por diversos medios jurídicos y en distintas fechas, de la cantidad total de 389 acciones de la sociedad INVERSIONES MÉDICAS DE ANTIOQUIA S.A. (INVERMÉDICAS), de las cuales enajenó 41, para quedar finalmente como dueño de 348 acciones.

Por la época en que el doctor Jaramillo Zuloaga era propietario de 280 acciones obtuvo un crédito otorgado por COOMEVA, entidad que le exigió *"una garantía prendaria"* para el cumplimiento de restitución de la suma mutuada. Fue así, entonces, cómo el doctor

Jaramillo y la señora Ana Isabel Morales Vélez celebraron, el día 21 de abril de 1995, con la compañía ALIANZA FIDUCIARIA S.A., un contrato de "fiducia de garantía", sobre las 280 acciones de INVERMEDICAS de que a la sazón era dueño el primero, habiéndose instituido como beneficiario a la entidad acreedora COOMEVA y denominado el patrimonio autónomo PATRIMONIO LAS VEGAS JARAMILLO.

Se dice en la demanda que al contrato de fiducia se le hicieron algunas modificaciones, entre ellas la que tornaba en facultativa la venta de las acciones mediante comisionista de bolsa, y que como previamente a la modificación contractual en el sentido expuesto la venta de las acciones en bolsa era imperativa, y habida consideración de que a la sociedad fiduciaria se le había notificado el incumplimiento de los deudores por parte de la beneficiaria (COOMEVA) también en fecha anterior a la modificación aludida, era obligatorio e ineludible para ALIANZA FIDUCIARIA S.A. realizar la venta de las acciones a través de comisionista de bolsa.

Se explica en el libelo cuál era el trámite que debía efectuarse para la "ejecución de la garantía" en el evento de incumplimiento de los fideicomitentes frente a COOMEVA; consistente en que, dado el supuesto fáctico antedicho, el beneficiario debía dar noticia escrita del mismo a la fiduciaria, la que a su turno concedía un término de treinta días para que aquellos -los deudores fideicomitentes- presentaran la prueba del pago de la obligación pecuniaria o entregaran el dinero adeudado, so pena de que si no ocurría ni lo uno ni lo otro de inmediato ALIANZA FIDUCIARIA S.A. entraría a gestionar la venta de las 280 acciones dadas en fiducia.

Se afirma por los demandantes que el 14 de agosto de 1998 COOMEVA notificó a la fiduciaria acerca del incumplimiento en que los actores habían incurrido en el pago de las cuotas mensuales del préstamo otorgado, por lo cual el término para demostrar el pago o hacerlo comenzaba a contarse a partir del mismo 14 de agosto y culminaba el 12 de septiembre de 1998. Sin embargo, en la demanda se asevera que "en forma arbitraria y unilateral" ALIANZA FIDUCIARIA S.A. comunicó a los aquí demandantes que procedería a vender las 280 acciones objeto del fideicomiso de garantía.

En acogimiento a lo pactado en cláusula contractual modificatoria del fideicomiso inicial, y con el fin de agotar el derecho de preferencia para la enajenación de acciones de INVERMEDICAS, consagrado estatutariamente a favor de la sociedad delanteramente, y de los accionistas en subsidio, el 13 de octubre de 1998, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. planteó a INVERSIONES MÉDICAS DE ANTIOQUIA S.A. los términos de la oferta de enajenación de las acciones fideicomitidas, por valor total de \$196'000.000, a razón de \$700.000 por acción y mediante pago de contado.

Reprocha la parte actora el comportamiento contractual de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. en los siguientes aspectos: No concedió a los fideicomitentes la totalidad del plazo que convencionalmente tenían para demostrar el pago o solucionar la deuda, a partir de la notificación de incumplimiento por el beneficiario; la fiduciaria no tuvo en consideración la mejor contraoferta que se presentó; no obtuvo la aquiescencia del Dr. José Raúl Jaramillo para hacer la venta en la forma como lo hizo. Además: No existe acta de la Junta Directiva de Invermedicas que le ordene al Gerente de la dicha sociedad para declinar el derecho de preferencia, y la notificación a los accionistas para hacer uso del derecho preferencial de compra de las acciones fue inidónea, toda vez que se realizó a través de fijación en cartelera en las instalaciones de Invermedicas.

En cuanto a contraofertas, se narra lo siguiente: se presentaron las siguientes cuatro: La del doctor JUAN PABLO ROBLEDO, por valor de \$250.000 por acción, para un total de \$70'000.000. La de ANCLAVE LTDA., por valor de \$280.000 por acción para un total de \$78'400.000. La del doctor FRANCISCO JAVIER RÚA, por valor de \$303.571 por acción, para un total de \$85'000.000. Y otra posterior de ANCLAVE LTDA. por valor de \$301.785 por acción, para un total de \$84'500.000 pagaderos por instalamentos.

Alegan los demandantes que como la fiduciaria no se ciñó a los plazos previstos en los estatutos de INVERMÉDICAS para el derecho de preferencia, las contraofertas de los accionistas no se formularon en ejercicio de ese derecho sino que tenían el carácter de ofertas de terceros, razón por la cual ALIANZA FIDUCIARIA S.A. debió proceder a mantener el ofrecimiento inicial por valor total de \$196'000.000, esto es a \$700.000 por acción, y en el caso de que no hubiera interés en la adquisición conforme a la oferta original, debía reducirse quincenalmente el precio en un diez por ciento hasta el tope del

equivalente al 51% del total del valor intrínseco de las acciones, el que fue certificado el 18 de septiembre de 1998 por el Revisor Fiscal de INVERMEDICAS en \$465.417.23.

Endilgan los provocantes incumplimiento de lo previsto en el contrato de fiducia en el procedimiento de venta de las acciones, en perjuicio suyo, puesto que habiéndose realizado la enajenación de las acciones a ANCLAVE LTDA. el 25 de febrero de 1999 el valor mínimo por acción debía establecerse en \$372.008, y el precio de venta lo fue por \$301.785, por acción; lo que ocasionó un menor ingreso a los convocantes equivalente a \$111'500.000, en comparación con el valor de la oferta inicial. Igualmente existe una diferencia de \$19'662.440, radicada entre el precio mínimo en que debía venderse cada acción y el valor final efectivo en que se realizó la enajenación. De allí que, según los demandantes hubo *"violación directa"* del contrato de fiducia y del artículo 1234 del Código de Comercio, numerales 1 y 6.

Se recrimina en la demanda el que ALIANZA FIDUCIARIA S.A. hubiera vendido las acciones a ANCLAVE LTDA., habida cuenta de que ésta, de las que se presentaron, era la *"contraoferta"* que significaba inferiores *"condiciones de precio y forma y de pago"*, desde luego en menoscabo de los intereses económicos de los fideicomitentes, lo que también constituyó incumplimiento contractual y legal de la entidad fiduciaria.

Y como la titularidad de las acciones y su número influye de manera directa en el cupo a que tiene derecho cada accionista para el ejercicio de su actividad profesional médica en la clínica Las Vegas (en el caso presente anestesiología), lo que se traduce en mayor o menor percepción de honorarios o emolumentos, pues en esto los provocantes también se vieron afectados, dado que el doctor Jaramillo Zuloaga en este sentido pasó de recibir 8'800.000 mensuales a devengar como *"empleado"* de Gruma Ltda. la suma de \$4'777.200.

De análoga manera argumentan los actores en este proceso que también han sufrido perjuicios morales con el incumplimiento de ALIANZA FIDUCIARIA, ya que el menor valor de la venta de las acciones y la mengua notable de los ingresos por el ejercicio de la anestesiología por parte del doctor Jaramillo, ha *"afectado la vida normal de pareja"* de los demandantes *"por la obvia incidencia que esto tiene sobre las relaciones interpersonales, aunque no se llegó al divorcio"*.

Por lo demás, los convocantes no pudieron cancelar la totalidad de sus deudas con COOMEVA, por lo cual la acreedora *"se encuentra persiguiendo los bienes de un tío suyo (del Dr. Jaramillo), quien constituyó hipoteca sobre sus bienes, por los saldos insolutos de su obligación"*.

2. EL PETITUM

En su demanda la parte actora dedujo las pretensiones que se traen a continuación, en su texto:

PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare el **incumplimiento** por parte de Alianza Fiduciaria S.A. del contrato de fiducia mercantil *"Patrimonio Las Vegas Jaramillo"* contenido en los documentos firmados por las partes el 21 de abril de 1995 y en octubre de 1998.

SEGUNDA: Que como consecuencia del incumplimiento del contrato, se declare la resolución del mismo.

TERCERA: Que como consecuencia del incumplimiento se condene a Alianza Fiduciaria S.A. a pagar los perjuicios que le causó a los demandantes, cantidades que se relacionan a continuación o las mayores que se demostraren en el proceso, así: Por la suma de **CIENTO ONCE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/L (\$111'500.000)** por concepto del valor original de la oferta menos el valor de compra de las acciones por parte de Anclave.

Intereses: Que se condene a la demandada a pagarle a los demandantes los intereses correspondientes sobre la anterior suma de dinero, intereses causados desde el momento de la venta de las acciones hasta que se pague efectivamente la obligación.

Por la suma de **DIECINUEVE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS M/L (\$19'662.440)** por concepto de dineros

dejados de percibir por los demandantes debido a la venta irregular de las acciones por parte de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

Intereses: Que se condene a la demandada a pagarle a los demandantes los intereses correspondientes sobre la anterior suma de dinero, intereses causados desde el momento de la venta de las acciones hasta que se pague efectivamente la obligación.

HONORARIOS: Se condene a la demandada a pagarle al Dr. Jaramillo el valor de los honorarios dejados de percibir por cada mes transcurrido desde la fecha de venta de las acciones hasta el momento del pago de la obligación, con sus respectivos incrementos anuales.

Vacaciones 1999-2000: Por la suma de **TRES MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL PESOS M/L (\$3'520.000)** por lo dejado de percibir por concepto de vacaciones anuales para el periodo 1999-2000.

Por la suma de **DOCE MILLONES DE PESOS M/L (\$12'000.000.00)** por lo dejado de percibir por concepto de vacaciones anuales para el periodo 2000-2002, a razón de cuatro millones (\$4'000.000.00) por año.

Intereses: Se condene a Alianza Fiduciaria S.A. a pagar a los demandantes los intereses legales correspondientes desde que se causó el derecho a cada período de vacaciones hasta que Alianza cumpla con el pago de dicha obligación.

CUARTA: Que se condene a Alianza Fiduciaria S.A. a pagarle a los demandantes la cantidad de mil gramos oro (1.000 gr./oro) por concepto de los perjuicios morales causados como consecuencia de la venta ilegal de las acciones.

QUINTA: Se condene a la demandada al pago de todos los gastos y costas del tribunal de arbitramento, incluidos los honorarios que se causaren por su convocatoria y trámite".

III. OPOSICIÓN Y EXCEPCIONES DE ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

A vuelta de aceptar algunos hechos, no constarle otros, negar los demás y hacer precisiones o puntualizaciones sobre las circunstancias que rodearon el desarrollo y ejecución del contrato, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. se opuso "a todas y cada una de ellas (las pretensiones)", solicitó al tribunal condenar en costas a la parte demandante, y propuso las siguientes **EXCEPCIONES DE FONDO:**

1. "CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE POR PARTE DE ALIANZA FIDUCIARIA S.A."

En la contestación de la demanda, la sociedad convocada detalla todas y cada una de las estipulaciones del contrato de fiducia y analiza frente a cada cláusula cuál fue la conducta asumida por la fiduciaria, para concluir que "claramente se desprende punto por punto el cumplimiento del contrato de fiducia mercantil por parte de Alianza Fiduciaria S.A., lo cual deja sin fundamento alguno las pretensiones de la parte demandante".

2. "IMPOSIBILIDAD DEL FIDUCIANTE DE PAGAR LA DEUDA"

Se finca esta excepción en el hecho de que el fiduciante no tuvo con qué pagar la deuda contraída para con COOMEVA, al punto que el 3 de octubre de 1998, esto es 50 días después de que la fiduciaria recibió de la acreedora-beneficiaria la notificación del incumplimiento, el señor Jaramillo Zuloaga manifestó expresamente que se pagara a Coomeva el monto de sus obligaciones con la venta de las acciones, y además indicó lo que debía hacerse con el remanente.

3. "INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL FIDUCIANTE"

Al fiduciante José Raúl Jaramillo se le atribuye como su incumplimiento más grave el de haber enajenado 41 acciones que no le pertenecían pues ya se habían transferido a un patrimonio autónomo, y no obstante, y a sabiendas, las vendió.

4. "OBSERVANCIA DE TODAS Y CADA UNA DE LAS REGLAS EN LA OFERTA DE LAS ACCIONES FIDEICOMITIDAS"

Se manifiesta de manera rotunda que Alianza Fiduciaria S.A. actuó con total diligencia y transparencia en el trámite y agotamiento del proceso de venta de las acciones, y se arguye que "los pasos que ALIANZA no siguió al pie de la letra redundaron indiscutiblemente en beneficio del FIDUCIANTE, pues haber extendido los plazos de la oferta innecesariamente hubiera conllevado invariablemente a una venta por un menor valor del que se hizo...". De otro lado, se expone que cualquier error en el procedimiento de venta solo daría legitimación para "impugnar o cuestionar" el proceso de venta al propietario de las acciones, que lo era el "fideicomiso" y no el señor José Raúl Jaramillo, pues se trataba de un patrimonio autónomo.

5. "EL HECHO GENERADOR QUE LLEVÓ A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE FIDUCIA PROVINO EXCLUSIVAMENTE DEL FIDUCIANTE – CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA".

Se hace radicar esta excepción en la circunstancia de que fue el incumplimiento de José Raúl Jaramillo frente a sus obligaciones dinerarias a favor de Coomeva lo que desencadenó el proceso de la venta de la acciones, pues no otra era la finalidad del contrato de fiducia celebrado entre las partes.

6." MALA FE DEL DEMANDANTE".

Como de mala fe se califica el proceder de JOSE RAUL JARAMILLO "desde el principio del contrato", ya que no solamente vendió 41 de las 389 acciones que eran del patrimonio autónomo, sino que también *"aparece haciendo reclamos sobre la liquidación del contrato 4 años después de terminada ésta, cuando antes nunca manifestó su descontento, ni su deseo de pagar sus obligaciones para quedarse con las acciones por las que hoy reclama"*.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES

1. CONCEPTO

Siguiendo de cerca a Oscar Von Bolow, citado por Hernán Fabio López Blanco, antes de proceder a desatar la litis, es imperioso para el fallador examinar la existencia de los requisitos que estructuran la relación jurídica procesal. *"La competencia, capacidad e insospechabilidad del Tribunal; la capacidad de las partes (personas legítimas para estar en juicio) y la legitimación del representante; la redacción, comunicación o notificación de la demanda, determinan los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda la relación procesal"*.

Ha sido tarea de la doctrina y la jurisprudencia elaborar y decantar la teoría de los presupuestos procesales, entendiéndose por tales *"los requisitos indispensables para la formación y el desarrollo normal del proceso, y para que éste pueda ser decidido en el fondo mediante una sentencia estimatoria"* (C.S.J., casación febrero 21/66), requisitos que según la Corte Suprema son *"demanda en forma, competencia del juez, capacidad para ser parte y capacidad para obrar procesalmente"*.

La jurisprudencia actual de la Corte tiene el criterio de que cuando en el proceso *"faltan los presupuestos atinentes a la capacidad para ser parte y a la demanda en forma"* hay lugar a dictar sentencia inhibitoria, mas *"no los referentes a la competencia del juez o a la capacidad procesal, pues estos dos aspectos por ser también causales de nulidad conducen preferencialmente a invalidar la actuación"* (sentencia de casación de enero 12/76, citada por López Blanco).

2. COMPETENCIA

Para que la relación jurídico procesal surja válidamente es menester que *"el juez que va a definir el proceso sea el llamado por la ley a hacerlo"*, elemento éste que en el presente asunto es indiscutible, irrefutable y pacífico, como que los suscritos Árbitros, por virtud de pacto arbitral recaído sobre materia litigiosa transigible, tienen la vocación constitucional y legal de resolver el conflicto de intereses sometido por las partes a su conocimiento y decisión.

3. CAPACIDAD PARA SER PARTE

Trátase de que la sentencia que se profiera lo sea frente a sujetos de derechos, personas naturales o jurídicas; supuesto que evidentemente se da en este arbitramento, puesto que los demandantes son personas naturales que exhibieron sus cédulas de ciudadanía al hacer presentación personal de los poderes otorgados a su apoderado procesal; y en cuanto a la persona moral demandada, en el expediente obra la prueba idónea de su existencia.

4. CAPACIDAD PROCESAL

Entiéndese por tal presupuesto el que los sujetos de la relación procesal deben estar debidamente representados cuando de incapaces o de personas jurídicas se trate. También en este proceso se halla acreditada la representación de la compañía convocada

y se presume la capacidad de las dos personas naturales demandantes, mayores de edad.

5. DEMANDA EN FORMA

Según la Corte Suprema, *"consiste en que el aspecto formal del libelo se acomode en lo general a lo estatuido por los artículos..... cuando se trata de acumulación de acciones (sic) y al ... en caso de contrademanda"*. Aunque, en general, se cumplen los requisitos del art. 75 del C. de P.C, éste preciso particular será tema de pronunciamiento especial en la introducción de la parte motiva del laudo.

Para el Tribunal, en definitiva, se dan los presupuestos formales o de validez del proceso, habida consideración adicional de que el trámite impartido es el que le corresponde al Arbitramento según las disposiciones legales vigentes, y que no se advierte vicio o irregularidad que hubiere podido afectar el rito debido, la igualdad de las partes y el derecho de defensa de los litigantes.

V. PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE FONDO

Por lo que respecta con los requisitos materiales de la sentencia de fondo, los Árbitros hallan acreditada la legitimación en la causa, consistente en la afirmación de coincidencia hecha por la parte actora entre los sujetos de la relación sustancial litigiosa (contrato de "FIDEICOMISO FUENTE DE PAGO") y los de la relación jurídico-procesal; las partes tienen capacidad para serlo en el proceso, como ya se vio; las pretensiones aparecen sustentadas en el libelo introductorio, lo que sitúa al Tribunal en la esfera propia del ámbito jurídico dentro del que debe juzgarlas; y las peticiones impetradas por los demandantes así como la oposición a las mismas por la accionada, constituyen suficiente interés de ambas partes litigantes para obrar en el presente proceso.

Por todo lo anterior, los suscritos Árbitros no encuentran óbice alguno para decidir de fondo la litis sometida a su juzgamiento.

VI. DEL LAUDO

El laudo se pronuncia dentro del término de vigencia del arbitramento (la primera audiencia de trámite concluyó el 17 de marzo, fecha a partir de la cual comienzan a contarse los seis meses legales de duración, y las partes prorrogaron legítimamente el plazo por dos meses adicionales); además el laudo se profiere en derecho, habida cuenta que las partes así lo quisieron al convenirlo expresamente en la cláusula compromisoria y, como se indicó ab initio, se adopta por mayoría de votos de los Árbitros.

VII CONSIDERACIONES

EXAMEN DE LA DEMANDA.= Interpretación. Naturaleza de la acción incoada.

El examen ponderado de la demanda, del que debe partir el análisis del asunto sometido a la decisión del Tribunal, muestra, por las serias fallas que en ella aparecen y que inciden en distintos aspectos sustanciales del Proceso, la necesidad de interpretarla en orden a auscultar y establecer el auténtico fin de los demandantes en su acción, confuso en la forma que al libelo fue dada.

A este respecto y en la consideración de la vertiente que ha de tomar el laudo, conviene traer en cita lo que ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia: *"El estudio de la demanda como uno de los puntos de referencia que deben servir al Juez para determinar hasta donde llegan sus atribuciones en el cumplimiento de su altísimo deber de administrar justicia, no se agota pues, como pudiera pensarse, en el análisis de las pretensiones del libelo, sino en la observación conjunta de éstas y las circunstancias fáctico - jurídicas que le sirven de apoyo, actividad al cabo de cuyo ejercicio no debe hallar ausentes clara y precisa de lo que se pretende, ni la debida clasificación y determinación de los hechos que son su causa. Con todo, si al término de dicha labor encuentra que el libelo no cumple con esas exigencias formales, es decir, que no ofrece la suficiente claridad y precisión en los hechos ni en las súplicas, el Juez está llamado a interpretarlo para desentrañar el verdadero propósito de su autor y no sacrificar el derecho sustancial, labor que sin embargo no le da atribuciones para pronunciarse, al momento de fallar, sobre pretensiones no propuestas o hechos no invocados, pues esta conducta, que sería de recreación del libelo y no de interpretación*

del mismo, no solo violaría el derecho de defensa del demandado sino que volvería el fallo incongruente.” Y así ha agregado: *“Como resulta apenas natural, la facultad-deber que le asiste al juez para interpretar la demanda y para hacer prevalecer el derecho sustancial, también debe ejercerse con la máxima ponderación y dentro de límites razonables, puesto que llevada al extremo podría significar un desequilibrio en contra de la otra Parte y la inobservancia de las formas propias de cada juicio, cuestión que resulta inadmisibles porque ello conduciría a la violación del Derecho Fundamental al Debido Proceso”.*

“Por eso, ha reiterado la Corte, cuando al tiempo de fallar se encuentra el sentenciador frente a una demanda oscura, bien sea en la forma como se hallen concebidas las súplicas, ora en la exposición de los hechos, ora en los fundamentos de derecho, o ya en los unos y en los otros, está en la obligación de interpretarla para desentrañar la verdadera intención del demandante y como ineludible deber a fin de no sacrificar el derecho cuya tutela busca el actor, tarea en la cual debe tener en cuenta todo el conjunto del libelo, y además, si ello fuere menester para precisar su real sentido, las actuaciones desarrolladas por éste en el curso del proceso. Significa lo dicho que esta labor ponderativa del Juez no puede operar ni mecánica ni absolutamente: no lo primero, porque sólo se procede una interpretación racional, lógica y ceñida a la Ley; y menos lo segundo, porque trabada la relación procesal, de ella emerge para el demandado derecho a impedir que se cambie la pretensión deducida en la demanda o los hechos sobre los cuales ésta se apoya (Sentencia 4 de Noviembre de 1970, Tomo CXXXVI, pags. 82 y 83). Sentencia de enero 21 de 2000.

La parte actora incluyó entre las pretensiones de su escrito inicial de provocación, la de declaratoria de incumplimiento de contrato de fiducia, la de resolución del mismo por incumplimiento o por fallas en el cumplimiento de una de las fases de la que supone contratada, que es a lo que se refieren los hechos; la de indemnización de perjuicios por diferencia de precio lograda; la de decreto de que *“las cosas vuelvan al estado precontractual”*, con restitución de acciones y otras accesorias, como principales; y en calidad de subsidiarias, la de declaratoria de que la demandada *“carecía de capacidad legal para () la enajenación”* de las acciones *“objeto del contrato de fiducia”*, la de declaración de que la demandada violó normas imperativas en la referida enajenación, la de que si no resultaba procedente la restitución de las acciones, se obligara a la demandada a pagar la totalidad de su valor, adicionada por la petición de rendimientos y la condena por perjuicios morales. Siendo como era imposible dar curso a la demanda redactada en tantas confusión y contradicción, el Tribunal en vez de rechazarla, brindó la oportunidad de la reformulación del libelo con los correctivos que lo hicieran procesable, en orden a evitar que por su rechazo abortara el Proceso arbitral incoado. Excluyó el apoderado de la parte actora las pretensión anulatorias e introdujo otros cambios a las demás y retoques a los hechos, con lo que el Tribunal pudo abrir trámite al libelo.

Variada la demanda, quedó montada en su conjunto sobre fallas en hitos de la gestión fiduciaria que las partes entendieron contratada, de las que los demandantes pretenden obtener la resolución del contrato y la reparación de perjuicios materiales y morales que alegan haber sufrido. Se advierte en este punto que las fallas que acusa el libelo son solamente parciales, porque habiendo asentado como finalidad del fideicomiso presuntamente contratado, en primera fase la garantía de mutuo contraído con Coomeva y en segunda fase el pago supletorio a ésta de la deuda así contraída por los mismos ahora demandantes, con el producto de la venta de los bienes que entendieron fideicomitidos, en parte alguna tacha incumplimiento de este cometido, sino que finca la infracción en aspectos accidentales ocurridos en la susodicha gestión de venta de las acciones a las que se refiere el libelo y, más concretamente, en la diferencia del precio que a su juicio pudo haber sido obtenido.

No obstante la admisión, se observa en tal forma puesto el petitorio, que mientras en la primera pretensión solicita la declaratoria de incumplimiento y en la segunda pide como consecuencia la resolución del contrato, pretende la reparación de perjuicios por incumplimiento en cuanto el valor que estima que en la forma señalada en la demanda podría haber producido la venta de las acciones, en cuanto excede del obtenido y pagado a Coomeva. Pero sin atacar sino dejando incólume la parte de pago que por la venta fue hecha. Lo que llevaría a concluir que la parte actora pretende solamente la resolución parcial del contrato, planteamiento que en sí contiene una antinomia, toda vez que la resolución, de ocurrir, produce la destrucción total del contrato y coloca a las partes en la situación que tenían antes de su celebración. Esto es que dejando sin tocar la parte principal de cumplimiento del contrato, intenta la resolución por la secundaria o accidental.

De allí que sea necesario poner de presente, en la introducción del análisis de la demanda, que entre la pluralidad de sus defectos formales, está el más sustancial de demandar la resolución del contrato por fallas parciales en ejecución de obligaciones de hacer de tractus sucesivo, pero también de accionarla sin vincular a la persona jurídica que se supone que habiendo quedado vinculada como fideicomisaria por la finalidad pactada, de salir airoso esa pretensión vendría a sufrir la principal consecuencia de la resolución, al quedar sin la garantía que afianzó el préstamo otorgado o sin el pago con el producto de la venta del bien llevado a esa garantía.

No obstante, observándolo así el Tribunal en la etapa inicial, hubo de posponer la decisión sobre vinculación de terceros como intervinientes en el Proceso, porque desde la lectura de la demanda pudo advertir que, como se dijo, recae sobre aspectos accidentales en la venta de las acciones, sin que nada en los hechos ni en las pretensiones del escrito aparezca dirigido contra los intereses de Coomeva como presunto fideicomisario o de otros intervinientes eventuales. Esto indujo al Tribunal a decidir entonces que a no ser que en el desarrollo del Proceso pudieran darse efectos que vinculasen éstos, no era procedente la integración del contradictorio con terceros, ni su intervención a título diferente.

En el caso sub examinae, según el documento traído como prueba del que las partes califican de contrato fiduciario, la fiduciaria figura que se obligaba para con los fideicomitentes: 1) como obligación prima, a tomar para constituir en patrimonio autónomo, la propiedad de las acciones de sociedad anónima allí determinadas, en garantía constituida a favor de Coomeva para el respaldo de deuda contraída por los fiduciantes; 2) Como obligación subsecuente, a vender las acciones fideicomitidas, conforme a un procedimiento inicial de bolsa de valores y luego de escala descendente de precios, para entregar su producto a la fideicomisaria en pago de la deuda garantida, en el caso de que los deudores incumplieran en el plazo pactado ese pago.

Se trae como primera pretensión *"que se declare el incumplimiento por parte de Alianza Fiduciaria S.A. del contrato de Fiducia mercantil "Patrimonio Las Vegas Jaramillo" contenido en los documentos firmados por las partes el 21 de Abril de 1995 y en octubre de 1998"*; y como segunda, *"que como consecuencia del incumplimiento se declare la resolución del mismo"*, y luego se impetra en la petición tercera, la condena a indemnizar perjuicios causados a los demandantes y se determina la cuantía de estos en suma de dinero cuantificada *"por concepto del valor original de la oferta menos el valor de compra de las acciones por parte de Anclave"*, el valor de intereses *"causados desde la venta de las acciones hasta que se pague efectivamente la obligación"* y en otra suma de dinero *"por concepto de dineros dejados de percibir por los demandantes debido a la venta irregular de las acciones por parte de Alianza Fiduciaria S.A."*, complementada por intereses, y a pagar indemnización por perjuicios indirectos (honorarios, vacaciones, morales, etc.). Así se está afirmando la ocurrencia del cumplimiento del contrato para, tomando como base lo cumplido que no se ataca, apuntar las pretensiones a fallas o defectos de cumplimiento y su cuantificación en el mayor valor que por principal y por intereses consideran los demandantes que han debido obtener del negocio en cuestión. De lo que se colige que mientras con la resolución de contrato invocada pretende la destrucción total de éste, en los hechos y en las otras pretensiones se vislumbra que es hacia la reparación por defectos de cumplimiento y no la resolución a lo que se dirigen los embates de la demanda.

Es frecuente que se plantee el incumplimiento de contrato con concepto unívoco, de forma que por él se invoca la resolución, usualmente con indemnización de perjuicios. Y, desde luego, hay múltiples contratos que al tener por objeto una prestación simple e indivisible, no pueden dar ocasión sino a la disyuntiva de afirmación o negación de su cumplimiento. Es así como el art. 1546 C.C. contempla la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales, para *"el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado"* y el art. 870 C.Co. preceptúa la acción alternativa en los contratos bilaterales. Pero este sentido absoluto cede vigor cuando se trata de obligaciones divisibles, en las que hay campo para que el deudor cumpla una parte e incumpla otra o, como anota Messineo, ocurra el incumplimiento *"tenue"* de obligaciones, cuando lo principal o mayor del contrato es cumplido pero falla lo menor o lo secundario o accesorio.

Es así como el derecho moderno está excluyendo la condición resolutoria tácita como tendencia definitoria en desate de los contratos cuando ha ocurrido el incumplimiento no sustancial por una de las partes, dejando flexibilidad a las soluciones que son

demandadas ante el juez. El mismo Messineo atrás citado, analiza la resolución del contrato y su posible ocurrencia no solamente por incumplimiento sino también por circunstancias que hagan imposible su ejecución, que incluye entre las que denomina "*vicisitudes del contrato*". Pero propone la apreciación en conjunto de los remedios ofrecidos al contratante, en lo que llama "*atemperaciones*" de los principios tradicionales, de forma que en el nuevo código se manifiesta "*una notable tendencia a salvar el contrato*" (F. Messineo, Doctrina general del contrato, T II, p. 446).

Además, si en la legislación colombiana, tanto civil como comercial, subsiste la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales, los desarrollos se hacen más complejos cuando el contrato no es de dar sino de hacer o no hacer, versa sobre obligaciones divisibles o no es simple sino mixto, compuesto o combinado, vale decir, cuando en una misma relación las partes enlazan varios contratos.

En el caso sub litae, el contrato que tanto la parte actora como la opositora presumen celebrado, presenta dos hitos, el segundo condicionado al primero. Éste, dirigido a la tenencia en patrimonio autónomo de acciones fideicomitidas para garantía de pago de la deuda contraída por los fiduciantes con la fideicomisaria; otro, igualmente de garantía, condicionado al evento de que la solución de la mencionada deuda no fuese hecha por los deudores en su plazo. Como según las partes, la opción de pago en el plazo se extinguió, se abrió paso la secuencia, esto es, el trámite de venta de las acciones por la fiduciaria, para entregar el producto a la fideicomisaria, en pago o abono de lo debido. La fiducia, tal como aparece enunciada en el documento que las partes firmaron con ese título, no aparece limitada a la constitución del patrimonio autónomo, sino suplementada con la gestión de venta de las acciones fideicomitidas, y el pago del producto a la fideicomisaria. No es controvertido en el Proceso que la última parte, o sea la entrega del producto a la señalada como beneficiaria, se haya cumplido; y antes lo afirman las partes. Es, pues, que el debate, al ser desbrozado de lo que no le es propio, se ha centrado en la venta de las acciones, sobre la cual imputa la parte actora a la opositora daños por incurria, concretados en un menor valor del producto obtenido, del que con mejor manejo se habría podido lograr. Y de ese menor valor deriva la insuficiencia del pago de la deuda a la fideicomisaria y otros efectos materiales y morales indirectos por los que pretende indemnización.

De suyo, en el negocio de fiducia comercial la acción propia del fiduciante con respecto al fiduciario prevista en la ley para cuando se trata de fallas de cumplimiento, es de exigencia de rendición de cuentas (Art. 1236 #4 C.Co.), rendición que también obliga al fiduciario con el beneficiario (Art. 1234 #8 *ibidem*). Es esa la acción que corresponde a la responsabilidad por defectos de cumplimiento en obligaciones de hacer, como serían las de gestión en la venta de las acciones de que trata la demanda. No obstante, nada se opone a que el que es fiduciante, accione directamente contra el fiduciario sin dicha rendición, para pretender la reparación de perjuicios que por los defectos que estima haber hallado, estime haber sufrido.

*

La demandada Alianza Fiduciaria S.A., puesta también en el ámbito del escrito de provocación, niega los cargos, presenta en forma diferente los hechos, afirma haber cumplido lo suyo, rechaza las pretensiones y propone excepciones.

*

Versan, pues, tanto la acción como la oposición, sobre la venta de acciones de sociedad anónima que ambas partes estiman originada en el presunto negocio jurídico de fiducia mercantil que figura en el documento presentado como prueba con el título "*Contrato de fiducia*" y no ha sido controvertido por las partes.

*

Diametralmente distinta es la situación que vino a brotar en las últimas del Proceso, como se verá más adelante. Pero entre tanto, el Tribunal reafirma la interpretación que dio a la demanda y, por ella, la negativa al llamamiento de Coomeva como parte interviniente. Lo mismo ha de decir en relación con Anclave Ltda., que por la resolución del contrato impetrada vendría a sufrir como consecuencia necesaria, la del contrato de cesión de título de acciones por ella celebrado con Alianza Fiduciaria S.A., sin que la acción ejercida, vale decir, el compuesto de los hechos que la motivan y de lo que por ellos se pretende, apunte a la destrucción de la cesión de acciones, cuanto a la reparación del

menor precio en la venta que la parte actora censura a Alianza Fiduciaria S.A. como vendedora.

*

La *sindéresis* indica que, en este, como en todo Proceso, el Tribunal debe emprender el examen de la causa desde sus bases. O sea, para el *sub litae*, desde el negocio jurídico de fiducia mercantil y la cesión de acciones de sociedad anónima que comprenden tanto la constitución del patrimonio autónomo que es de la esencia de dicho negocio jurídico, como la venta que en la finalidad del negocio proyectado fue prevista, en la que radica el diferendo sometido a arbitraje, aquélla en razón de ser la fuente de la que ésta proviene.

Es, pues, que por cuanto la acción y la defensa versan sobre el negocio jurídico de fiducia mercantil, el Tribunal está compelido a examinarlo cuidadosamente. Y para ello ha de empezar por el reconocimiento del terreno en el que se desenvuelve esa institución, en su naturaleza, en los elementos y en los efectos que la ley le preceptúa.

EL NEGOCIO JURÍDICO DE FIDUCIA MERCANTIL Y EL PATRIMONIO AUTÓNOMO

El negocio de fiducia mercantil es de aquellos que la doctrina denomina de gestión o de intermediación, como quiera que, por su objeto, surge para el *fiduciario* la obligación de realizar con el bien o bienes constituidos en patrimonio autónomo, actos o contratos con terceros. En el avenimiento de voluntades para la celebración del negocio jurídico analizado, el *fideicomitente* transfiere el bien al *fiduciario*, a título traslativo de dominio en la forma como lo reglamenta el Código Civil, y éste adquiere ese derecho de dominio en atención y para el cumplimiento de las gestiones que le confiere el *fideicomitente*. Es su base *sine qua non*, la transferencia del derecho de dominio de uno más bienes para aquella finalidad. Así lo dispone el artículo 1226 del C. de Co. que lo define como "...negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada *fiduciante* o *fideicomitente* transfiere uno o mas bienes especificados a otra llamada *fiduciario*...". Sin esa transferencia no se constituye el patrimonio autónomo a que se refiere el artículo 1233. Como es igualmente cierto que los bienes que transfiere el *fiduciante*, salen de su patrimonio mas no entran al del *fiduciario*, que los debe mantener separados del resto de sus activos pues "*forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo*" (art 1233 C. de Co.).

Como puede deducirse de la simple lectura de los artículos 1227 y 1233 del C. de Co., la ley ha creado una forma de patrimonios especiales escindibles del patrimonio general de otras personas, afecto a una finalidad determinada, con la cual se da cumplimiento fiel a dos de las características señaladas como mínimas para la existencia de esta forma de patrimonios y ha dado un alcance muy preciso a la definición y a los límites de esta figura.

El artículo 1227 antes enunciado trae a este respecto dos consecuencias fundamentales:

1. Los bienes objeto de la fiducia, no obstante quedar en propiedad de la fiduciaria (artículo 1226 del C. de Co.) no forman parte de la garantía general de sus acreedores. No pueden los acreedores de la fiduciaria como tal, v gr., sus proveedores o prestamistas o los damnificados por daños imputables a ella, reclamar, por vía judicial que se les paguen sus acreencias con el producto de los bienes que se le han transferido en desarrollo o a título de fiducia mercantil. Este elemento, sin lugar a dudas, es fundamental para determinar la existencia de una responsabilidad patrimonial separada, entre las obligaciones que la fiduciaria adquiere en cumplimiento de su propio objeto social, y las que contrae en cumplimiento de la finalidad de cada negocio de fiducia mercantil que le ha sido encomendado. Por su parte, el bien o bienes fideicomitados salen efectivamente del patrimonio del *fiduciante* y quedan sustraídos de la garantía efectiva para sus acreedores.

2. Los bienes fideicomitados sólo garantizan las obligaciones contraídas en desarrollo de la finalidad de la fiducia"¹.

Recaba el Tribunal en la apreciación de que el patrimonio autónomo no cuenta con personería jurídica, ni es ente jurídico y que el *fiduciario*, en su condición de tenedor titular y administrador del mismo es propietario de los activos que lo constituyen, pero tiene comprometida en responsabilidad personal la disposición al cumplimiento del encargo que el *fiduciante* le impone al momento de la celebración del contrato de fiducia.

¹ MANRIQUE NIETO, Carlos E. "El Patrimonio Autónomo de la Fiducia Mercantil en el Derecho Colombiano", pagina 41 Revista Juris Consulta Numero 2, Cámara de Comercio de Bogota, Marzo de 1.999.

Considera pertinente el Tribunal transcribir la doctrina que respecto de la transferencia de los bienes en la fiducia mercantil ha sostenido la Superintendencia de Sociedades y que fue publicada en el estudio titulado "Sistema adoptado en la legislación Colombiana y la "transferencia" como elemento esencial del negocio jurídico ²":

"De acuerdo con el artículo 1226 del Código de Comercio, en virtud del negocio de fiducia mercantil el fideicomitente transfiere uno o más bienes suyos al fiduciario, con una finalidad específica. Así las cosas, conforme a la legislación colombiana, en razón del acto constitutivo de la fiducia, se transmite la propiedad de los bienes objeto de la misma al fiduciario, quien se convierte en el único vocero de los bienes fideicomitados, a través de la figura del patrimonio autónomo que, a su vez, se conforma con los bienes transferidos.

*"Ahora bien, el artículo 1227 ibidem, señala que los bienes objeto de la fiducia sólo garantizan las obligaciones relacionadas con la ejecución del contrato y, en tal sentido, no forman parte de la prenda común de los acreedores del fiduciario. Por su parte, el artículo 1233 de dicho ordenamiento establece que los bienes dados en fiducia deben mantenerse separados de los activos propios del fiduciario; y, lo más relevante, que **"forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo"**. Sin embargo, la noción de patrimonio autónomo no fue desarrollada en el código, quedando la determinación de sus alcances en manos de la jurisprudencia y la doctrina.*

Como puede observarse, de acuerdo con las anteriores disposiciones la normatividad colombiana reconoce que los bienes objeto del negocio fiduciario son transferidos al fiduciario, aunque la propiedad que éste tiene sobre los mismos no pueda ser utilizada en su propio interés, sino únicamente para efectos de cumplir las finalidades previstas en el respectivo contrato de fiducia. De ahí que tengamos que hablar de una propiedad en cierto sentido "restringida". Importante es anotar que, a diferencia del derecho anglosajón, en nuestro Código de Comercio no se reconoce una propiedad del interés económico en cabeza del beneficiario, y los bienes fideicomitados – se repite – originan un patrimonio autónomo en el cual recaen derechos y obligaciones adquiridos en desarrollo de las instrucciones del acto constitutivo.

Como se anotó anteriormente, el artículo 1226 del Código de Comercio es absolutamente claro al elevar a la condición de elemento esencial del negocio jurídico la "transferencia" de los bienes. Además, según se desprende del mismo artículo, una de las obligaciones del fideicomitente para efectos de cumplir con la finalidad del contrato, es la de enajenar los bienes fideicomitados.

"Es de la definición legal de "transferencia" de los bienes al fiduciario, a que hace referencia el mencionado artículo, y de la capacidad de enajenación de los bienes fideicomitados que tiene el fiduciario, de donde se colige que el contrato de fiducia mercantil conlleva, necesariamente, la pérdida del carácter de propietario por parte del fideicomitente, respecto de los bienes fideicomitados, y la adquisición de tal calidad por parte del fiduciario, a partir de la celebración del respectivo negocio, aunque de manera restringida por la conformación del patrimonio autónomo, la destinación a que éste está sujeto, y la imposibilidad de conservar de manera definitiva el dominio sobre los mismos, según lo dispone el artículo 1.244 del Código. (Negrillas ajenas al texto original)

"Además, de acuerdo con el artículo 1.227 del Código de Comercio, los bienes fideicomitados garantizan las obligaciones vinculadas a la ejecución o cumplimiento del fideicomiso.

"Como puede observarse, la "propiedad" que ejerce el fiduciario sobre el patrimonio autónomo de los bienes fideicomitados no se compadece con la definición de dominio que trae el Código Civil, ya que ésta supone la posibilidad de gozar y disponer a su arbitrio de la cosa de la cual se es propietario. Pero la ley no ha desarrollado esa forma de propiedad sui generis,

² "SUPERINTENCIA DE SOCIEDADES, Doctrinas y Conceptos Jurídicos, año 2.000, paginas 330 y 331

y en la medida en el que el fiduciario se encuentra habilitado para enajenar los bienes, ostenta la propiedad de los mismos, pues como se puede observar a través de las exposiciones de eminentes tratadistas colombianos, es la capacidad de disposición lo que verdaderamente determina que alguien tenga la propiedad o no de una cosa.

“Pero lo verdaderamente importante de resaltar es que, celebrado el negocio de fiducia y hecha la transferencia como elemento esencial, el constituyente pierde la propiedad de los bienes fideicomitidos y todos sus atributos, aunque mantenga, según el negocio fiduciario de que se trate, el derecho a que los bienes le sean retornados a la finalización del contrato “ (Negrillas ajenas al texto original).

Del texto del art. 1226 C.Co. se colige, pues, que es elemento esencial del contrato de fiducia la transferencia al fiduciario del bien o bienes especificados, para la constitución del patrimonio autónomo. Y el art. 1233 id dicta que esa transferencia es en calidad de patrimonio autónomo que se separa del patrimonio del fiduciario. El negocio de fiducia no es, entonces, de obligación de hacer transferencia de los bienes específicos, sino de transferencia misma, lo que hace que, como contrato real que es, no se perfeccione sino por la tradición del bien o bienes. La sola intención de las partes, expresada en el documento que expresa el acuerdo de voluntades, no basta para constituirlo. Porque en su base es eminentemente real, de forma que el consentimiento es sólo uno de los elementos del negocio, que separado del patrimonio autónomo por la tradición de la cosa no perfecciona el negocio jurídico. De forma que por el solo consentimiento no existe el negocio jurídico mercantil o, si se quiere en términos distintos, es ineficaz y no produce efecto alguno si no se constituye efectivamente el patrimonio autónomo. O sea que el avenimiento de intenciones que se plasma en el documento, como los tratos a él previos, constituye acto preparatorio del negocio jurídico, pero no el negocio mismo.

El negocio fiduciario comercial al que está referido el debate, va más allá del acuerdo de voluntades que constituye el alma de todo contrato consensual. Porque además de lo pactado inter partes, genera en relación con terceros una situación patrimonial del fiduciante, al excluir de la masa de bienes que respalda sus obligaciones generales, el bien o bienes dispuestos en patrimonio fiduciario; y en relación con el fideicomisario, un derecho fincado en el mismo patrimonio autónomo, de forma que desde la constitución obliga al fiduciario para con el beneficiario, aunque éste no intervenga en la conformación del negocio. En todo esto el acuerdo de voluntades no es más que el medio inductor de la fiducia, carente por sí solo de cualquier otra virtualidad y, por tanto, de todo efecto entre las partes y frente a terceros, diferente de esa condición de excipiente para la realización de la fiducia. La fiducia comercial sin el patrimonio autónomo es: para quienes la acuerdan, un propósito; y en relación con terceros, un negocio jurídico inexistente.

EL PATRIMONIO AUTÓNOMO EN LA PRESENTE LITIS

Consta en el plenario el acuerdo de un contrato de fiducia mercantil de garantía suscrito el 21 de abril de 1995 entre José Raúl Jaramillo Zuloaga y Ana Isabel Morales como *fideicomitentes*, y Fiduciaria Alianza S.A, como *fiduciaria*, en el que aquéllos dijeron transferir a ésta, *“a título de FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE la totalidad de los derechos reales, el dominio y la posesión que tienen y ejercen sobre doscientas ochenta (280) acciones de la sociedad Inversiones Médicas de Antioquia S.A. ‘INVERMEDICAS S.A.’ por un valor intrínseco de cada acción, a marzo 13 de 1995, de trescientos treinta y cuatro mil ciento cuarenta pesos con ochenta y dos centavos (\$ 334.140.82)”. Debe anotarse que el propietario de las acciones fideicomitidas era el titular de las mismas, Sr. José Raúl Jaramillo Zuloaga, según se pudo apreciar en el libro de registro de accionistas de Invermedicas S.A.*

Acorde con la norma del artículo 1233 del C. de Co. los contratantes manifestaron su voluntad de constituir un patrimonio autónomo sobre las referidas acciones para lo cual dejaron consignada la siguiente cláusula: *“A estos bienes y los que adquiera el Fiduciario en desarrollo de este contrato, se aplicarán los artículos 1227, 1233 y 1238 del Código de Comercio, constituyendo un Patrimonio Autónomo que se identificará con la siguiente mención PATRIMONIO LAS VEGAS JARAMILLO”.*

En el caso traído en examen, no observa el Tribunal, ni las partes tampoco alegan, vicio en el acuerdo de voluntades del negocio de fiducia. Considera el Tribunal, sin embargo, indispensable profundizar si el patrimonio autónomo como elemento esencial del contrato de fiducia celebrado fue constituido en debida forma.

Invermédicas S.A. es, según la prueba que obra a folios 87 a 103 y 138 a 140, una sociedad anónima comercial, constituida inicialmente como sociedad de responsabilidad limitada y transformada a compañía anónima, según la escritura pública número 895, del 21 de junio de 1990, otorgada en la Notaría Quinta de Medellín. Por consiguiente, el régimen jurídico al que está sometida es el propio del Código de Comercio.

NEGOCIACIÓN DE ACCIONES

Establece el art. 406 del C. de Co. que la enajenación de las acciones nominativas puede hacerse por el simple acuerdo de las partes, dando a entender que, si es hecha por contrato, éste es consensual. Y alterando esa consensualidad, agrega: *"Mas para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante. Esta orden podrá darse en forma de endoso hecho sobre el título respectivo. Para hacer la nueva inscripción y expedir el título al adquirente, será menester la previa cancelación de los títulos expedidos al tradente."* Esto denota que si el contrato de cesión es consensual, sin la tradición no produce efecto respecto de la sociedad y de terceros. Y la tradición constituye una operación y no un acto simple, en la cual además de la orden escrita del enajenante (el Código guarda silencio sobre el adquirente, pero es obvio que si la enajenación obedece a un acuerdo de partes, ese acuerdo esté expresado por éstas y no solamente por la manifestación de una de ellas, como quiera que a nadie puede ser impuesta la condición de dueño de acciones de sociedad anónima, sin o contra su consentimiento); se requiere la entrega del título o títulos del enajenante, para su cancelación por la sociedad; la inscripción de la enajenación en el libro de registro de acciones y la expedición de nuevo título al adquirente. Es esa tradición la que constituye la transferencia del dominio. De ello se deduce que el conjunto de requisitos allí prescritos es indispensable para que la el contrato produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros. Y en todo caso, para que la tradición de las acciones se verifique. Esto es que sin esa tradición la enajenación no ocurre.

Algunos autores tienen reservas con respecto a la consensualidad del título, diciendo que si la enajenación de acciones es consensual en principio, sin embargo cuando se trata de acciones nominativas se exigen formalidades para que el acto jurídico produzca efectos respecto de terceros y frente a la sociedad, lo que hace el título no consensual sino solemne y el contrato de cesión, real. Pero en todo caso, porque el modo sea la forma legal de la adquisición del dominio para la parte que adviene y de extinción para la que enajena, ora porque ese modo haga parte del mismo título, como en los contratos reales, la transferencia del dominio de acciones no produce efecto ante la sociedad ni ante terceros si no se cumplen los actos complejos en que consiste. Y la tradición en la enajenación de acciones de sociedad anónima, no la hace la sola inscripción en el libro, sino la inexcusable mutación de título, en la que se destruya el del enajenante y se cree el del adquirente. Como tampoco la haría la sola entrega del título del que negocia la cesión, para que sea destruido, o la sola creación del título para el que pretende ingresar al cuerpo de accionistas.

Con respecto a la inscripción anotada ha conceptualizado la Superintendencia de Sociedades:

"La violación del artículo 16 del Código de Comercio suele configurarse no solamente cuando los administradores se niegan sin justificación legal a efectuar la inscripción de una enajenación de acciones, sino también en el caso de que hagan los registros a sabiendas o a pesar de que en la respectiva negociación no se hayan cumplido todas las exigencias señaladas en la ley o en los estatutos, en detrimento de cualquier asociado a quien de acuerdo a las circunstancias particulares le asiste algún derecho.

"En efecto, antes del registro de la operación han de cerciorarse de que la transferencia se encuentre revestida de la juridicidad indispensable para que produzca efectos. Y si procede a inscribir la negociación aunque no se hayan cumplido los requisitos o formalidades preestablecidas, la superintendencia ha de indicar los correctivos que a su juicio considere ajustados al contexto de los preceptos legales y estatutarios, pues no es ni puede hacer las veces de un espectador indiferente o de un convidado de piedra en el funcionamiento de las sociedades que vigila." (Supersociedades, Res. 10414, jul 27/78).

Ahora bien, debe anotarse que el principio general es que los accionistas tienen libertad de negociación de acciones de sociedad anónima. No obstante, el artículo 403 del Código de Comercio establece varias excepciones, entre ellas en el ordinal 2º, para *"las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia"*.

El denominado por el Código "Derecho de preferencia en la negociación" y por la doctrina "Cláusula de prioridad", está preceptuado por el primer inciso del art. 407, en el siguiente texto:

"Si las acciones fueren nominativas y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados y, si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes o, en su defecto, por el respectivo superintendente. No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la presente norma."

Como está prescrito, en el derecho de preferencia la oferta ha de señalar el plazo y las condiciones de la negociación. El precio lo acuerdan las partes y, en defecto de este acuerdo, rige la forma supletiva que está contemplada. Si tanto la sociedad como los accionistas receptores de la oferta la declinaren o no se pronunciaren con respecto a ella, el oferente queda en libertad de negociar con terceros. Mas esa libertad está atada al plazo y las condiciones de la negociación puestas en el ofrecimiento. Porque de otro modo, para una negociación de plazo y condiciones diferentes, debe mediar una nueva oferta, como quiera que ni la sociedad ni los accionistas tienen en el ejercicio del derecho de preferencia juego para variar aquellos plazos y condiciones que vienen del oferente, sino sólo para acordar el precio o someterlo a dictamen pericial o estimativo de la Superintendencia.

El tratadista Hildebrando Leal Pérez se refiere a la *"aplicación imperativa del artículo 403 del Código de Comercio"*, diciendo que éste, al predicar la libertad en la negociación de acciones, ha determinado en su contenido un eminente carácter imperativo cuyo desacatamiento acarrea nulidad absoluta de la negociación. Es más, comenta, al tenor del artículo 416, la sociedad debe negarse a hacer la inscripción de la transacción en el libro de registro de acciones, cuando no se hayan cumplido los requisitos o formalidades preceptuadas para la negociación de acciones limitadas por ley y estatutos. Pero además de que la sociedad no debe hacer inscripciones en el libro de registro respectivo cuando no se haya cumplido con la plenitud de los requisitos necesarios para ello, los accionistas están impedidos por ley y estatutos para enajenar parte o la totalidad de sus acciones a terceros, hasta cuando se agoten los pasos que permiten a sus titulares ejercer el referido derecho preferente. (Hildebrando Leal Pérez, Curso de títulos valores, Ed. Librería del Profesional, T. I, p. 386 y ss.).

Pues bien, la negociación efectuada con violación del nombrado artículo 403 no surte ningún efecto, según es la sanción que en su parte final impone el primer inciso, o, lo que es igual, es ineficaz, si se tiene esto como lo no eficaz y lo eficaz como lo que produce sus efectos. Si que también está viciada de nulidad absoluta, por ser dicha norma de carácter imperativo, y dicha nulidad la sanción establecida en el art. 899 ord. 1º del estatuto mercantil para *"cuando se contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa"*, y la sanción que el primer inciso del art. 1741 C.C. impone a *"la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecuten o acuerden"*.

En el art. 12 de los Estatutos de la citada Compañía, que no han sido en ello reformados, se lee que en el contrato social fue consagrado el denominado *"derecho de preferencia"* en la enajenación de las acciones. Ese derecho está consignado en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 12. NEGOCIACIÓN: *La enajenación de las acciones queda limitada por el derecho de preferencia, en virtud del cual la sociedad y los accionistas tendrán la preferencia para adquirir las que alguno proyecte enajenar, conforme al procedimiento que a continuación se explica..."*

Ha de precisar el Tribunal que en el artículo citado no se establecen variantes para el derecho de preferencia, por la que en todo y cualquier caso de negociación de acciones de la mencionada Compañía, sin distingos de la naturaleza del contrato que conlleve la mutación del dominio de las acciones, se ha de aplicar el trámite requerido para la liberación de la excepción, sin la cual el acto intentado incurre en ineficacia y nulidad absoluta.

Al suscribir el documento de fiducia los “fideicomitente” José Raúl Jaramillo Z y Ana Isabel Morales se obligaron a transferir a la fiduciaria 280 acciones que el primero de ello poseía en Invermédicas S.A.. Por el solo documento, por supuesto, no se efectuó la transferencia para el patrimonio autónomo inexcusable con el que la Fiduciaria Alianza estaba llamada a cumplir el encargo de garantía. ¿Qué sucedió?. Examinada con toda atención la prueba practicada el Tribunal observa lo siguiente:

1. Que en el libro de registro de accionistas – folio 003 abierto el 28 de agosto de 1995– aparece el Sr. José Raúl Jaramillo Z como titular de 389 acciones (título 003); en el folio 255 abierto el 24 de noviembre de 1.999, -aparece inscrito como titular de 68 acciones (título 0255); y en el folio 284 con fecha 30 de diciembre de 1.999, -aparece inscrito como titular de 730 acciones (título 0284).
2. Que con fecha abril 5 de 1.995, esto es 16 días antes de celebrarse el “contrato de fiducia”, el provocante José Raúl Jaramillo Z remitió una comunicación al Dr. Isnardo Vargas Marín, Gerente General de la Clínica Las Vegas en la que textualmente le dice: *“por la presente atentamente solicito a usted tomar las medidas pertinentes para que en el libro de accionistas de Invermédicas S.A. se registre la pignoración a nombre de Fiduciaria Alianza S.A. Nit 860531315-3, de las 280 (doscientas ochenta) acciones que yo poseo en la fecha en la sociedad. Además también le solicito emitir un certificado por escrito, dirigido a Fiduciaria Alianza en el que conste dicha pignoración”*.
3. Que en el folio 003, del libro de registro de accionistas, donde aparece inscrito como accionista el Dr. Jaramillo Zuloaga con 389 acciones, no se registró la pignoración de las acciones que éste ordenó inscribir. Obviamente respecto a los otros dos títulos 255 y 284 la inscripción no era posible porque en esas fechas aún el Dr. Jamillo no había adquirido las acciones en ellos representadas.
4. Que según se pudo apreciar en la diligencia de inspección judicial practicada el primero de septiembre del 2003, en los archivos de la sociedad Inversiones Médicas de Antioquia S.A. (INVERMEDICAS S.A.) no reposa orden escrita remitida por el Sr. José Raúl Jaramillo Z, como fideicomitente, (enajenante) por medio de la cual le solicite a la sociedad la inscripción, a título de fiducia, de las 280 acciones que fueron objeto del contrato por el celebrado con Fiduciaria Alianza. Se observa que la copia del contrato de fiducia encontrado en los archivos fue incorporado a ellos con posterioridad, mediante fax que tiene fecha 09/01/98 (ver acta de la diligencia).
5. Que la comunicación – que obra a folios 15 del cuaderno # 2 (contestación de la demanda y anexos, réplica de excepciones de mérito), fechada el 21 de abril de 1995 , donde el Sr. Jaramillo Zuloaga le expresa a Inversiones Médicas de Antioquia S.A.: *“por la presente informo a ustedes que en la fecha he cedido a favor de FIDUCIARIA ALIANZA S.A. Nit 860.531.315-3, la cantidad de DOSCIENTAS OCHENTA (280) acciones de esa compañía, las cuales están representadas en los títulos 974, 130 y 0213. .. Les solicito registrar esta transferencia en el libro de accionistas respectivo y expedir un nuevo título”*, no se encontró en los archivos de la Compañía, ni dicha orden fue registrada en el libro de registro de accionistas.
6. Que en los folios 003, 255 y 284 del mismo libro de registro de accionistas, aparece una inscripción que textualmente dice: *“Constitución Fideicomiso fuente de pago a favor de Fiduciaria Alianza del 10 de abril de 1.995 por 280 acciones”*. Sobre este punto el tribunal mas adelante hará un análisis especial que le permita concluir si con esta inscripción se produjeron o no los efectos de la transferencia de las acciones al patrimonio autónomo que se pretendió constituir por el hecho de la celebración del contrato de fiducia.
7. Que en los mismos folios 003, 255 y 284 aparecen otras cuatro inscripciones que rezan: *“venta de 43 acciones 18 de marzo de 1.996, compra de 2 acciones 14 de mayo de 1.996, embargo de acciones Juzgado Séptimo Civil del Circuito marzo 13*

de 1.998, y embargo de acciones juzgado noveno Civil del circuito del 12 de mayo de 1.998”.

De este somero recuento de la prueba practicada procede el Tribunal a efectuar el siguiente análisis que lo lleva a concluir que el patrimonio autónomo que debió conformarse en la celebración del negocio jurídico fiduciario *es inexistente por falta de los requisitos exigidos por la ley* para la transferencia de las 280 acciones que debieron constituir el patrimonio autónomo con la finalidad de garantía ordenada por los fideicomitentes. Veamos:

- Para que el PATRIMONIO AUTÓNOMO LAS VEGAS JARAMILLO se hubiera conformado en debida forma, era absolutamente necesario que el accionista fideicomitente José Raúl Jaramillo Zuloaga diera la orden a Inversiones Medicas de Antioquia S.A. de que inscribiera en el registro de accionistas la cesión de 280 acciones, lo que no sucedió. La única orden dada por el fideicomitente, recibida por Invermedicas, que hace referencia a las 280 acciones de su propiedad, es la contentiva en comunicación del 5 de abril de 1.995 que se refiere a *pignoración* y que, por causa desconocida para el Tribunal, no aparece registrada en ninguno de los folios que sirven de prueba de que José Raúl Jaramillo es titular de las acciones (folios 003, 255 y 284).
- La comunicación, de fecha 21 de abril de 1.995, por medio de la cual el Sr. Jaramillo Zuloaga informa a Invermedicas S.A sobre la cesión de 280 acciones a favor de Fiduciaria Alianza S.A., no reposa en los archivos de la Compañía, ni se encuentra inscrita en el libro de registro de accionistas, de donde se concluye, o que la orden nunca llegó a manos del representante legal de Invermedicas que era el responsable para ordenar la inscripción, o que si fue recibida, éste no procedió a efectuar el registro pertinente, ni se conservó en los archivos a lo cual estaba obligado. Observa también el Tribunal que la referida comunicación no dice a que título se hace la cesión a favor de Fiduciaria Alianza.
- El Tribunal no puede aceptar como válida, ni le puede conceder ningún efecto traslativo de dominio, a la anotación que aparece en los folios 003, 255 y 284 que dice: *“Constitución Fideicomiso fuente de pago a favor de Fiduciaria Alianza del 10 de abril de 1.995 por 280 acciones”*: a) Por cuanto dicha inscripción tiene fecha anterior (10 de abril de 1.995) a la de celebración del contrato de fiducia suscrito entre las partes, que fue del 21 de abril del mismo año, que es el mismo que este Tribunal reconoce válidamente celebrado entre ellas; b) No existe en el plenario prueba alguna de la celebración de otro contrato de fiducia con fecha 10 de abril de 1995, o anterior, que se pueda siquiera considerar como título válido para aceptar dicho registro; c) Tampoco se encontró en los archivos de Invermedicas la prueba contentiva de alguna orden dada por el fideicomitente para inscribir contrato de fiducia celebrado el 10 de abril de 1995. Por consiguiente no le es dable a éste Tribunal suponer que la inscripción sobre la constitución de una fiducia es válida, sin que exista el soporte legal – contrato y orden del accionista fideicomitente- que tenga por lo menos una fecha cierta anterior o concomitante con la del 10 de abril de 1995.
- Si bien, como ya se expresó, el patrimonio autónomo es inexistente por falta del registro adecuado de la transferencia de las 280 acciones a título de fiducia a favor de Fiduciaria Alianza, también es absolutamente cierto que nunca se expidieron los títulos que debieron acreditar la propiedad accionaria del Patrimonio Las Vegas Jaramillo, y se incumplió el requisito que consigna el parágrafo 2 del artículo 406 del Código de Comercio, en cuanto a que: *“Para hacer la nueva inscripción y expedir el título al adquirente, será menester la previa cancelación de los títulos expedidos al tradente”*. En la inspección judicial practicada al libro de registro de accionistas el Tribunal pudo comprobar que nunca el Patrimonio Las Vegas Jaramillo fue inscrito como accionistas ni mucho menos se expidió título alguno que lo acreditara como tal. Por ello es entendible que la sociedad hubiera dado respuesta a los Juzgados que decretaron el embargo de las acciones del Dr. Jaramillo Zuloaga expresándoles que había procedido, como en efecto lo hizo, a inscribir la medida cautelar en libro de registro de accionistas.

Prescribe el artículo 1234 del Código de Comercio, de manera imperativa, que son deberes indelegables del fiduciario la realización diligente de todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia. A juicio de éste Tribunal Alianza Fiduciaria S.A. no obro con la diligencia, profesionalidad y cuidado a que estaba obligada, pues no aparece demostrado que sus actos hubieran estado encaminados a lograr la

constitución válida y efectiva del patrimonio autónomo. Por el contrario el Tribunal tiene la convicción de que la fiduciaria fue negligente pues no estuvo atenta a que el registro de las 280 acciones se hiciera en la forma debida que dispone la ley, pues si lo hubiera estado –como era su obligación– no se hubieran cometido los yerros inexplicables que lo llevan a la conclusión ineludible de la inexistencia del patrimonio autónomo. No era propiamente del fideicomitente, quien no es conocedor del negocio fiduciario, el obligado a estar atento y celoso para que la transferencia de las acciones se hiciera en forma legal. Las precauciones necesarias para que la propiedad fiduciaria lograra su existencia era tarea indelegable de la fiduciaria quien, particularmente, debió estar vigilante a que la propiedad de las acciones en cabeza del patrimonio autónomo se hiciera realidad mediante la inscripción, correcta y oportuna, en el libro de registro de accionistas.

A la vista de lo anterior y partiendo por lo que es analizado, de que las acciones del señor José Raúl Jaramillo en Invermedicas S.A. no eran cuando se dijo celebrar el que llamaron “*contrato de fiducia*”, libremente negociables, por la prohibición radicada en el derecho de preferencia que las cobijaba, se entra a considerar la tesis expuesta por Alianza Fiduciaria S.A. en su comunicación de 7 de Octubre de 1998 dirigida al Gerente de la Clínica Las Vegas, en la que al reiterar el ofrecimiento de venta de las mismas acciones, manifiesta que *“al momento de la constitución del patrimonio autónomo...no había lugar a ejercer el derecho de preferencia pactado en los estatutos, en consideración al hecho de que al efectuar el fideicomitente la transferencia a título de Fiducia Mercantil de las acciones anteriormente mencionadas, la calidad de beneficiario real sobre las mismas permanecía a su nombre, por cuanto éste a través del fideicomiso mantiene entre otras facultades la de dirigir, orientar y controlar el voto a que tiene derecho en las asambleas ordinarias y extraordinarias de la sociedad”*. Esto hace necesario analizar si no siendo libremente negociables dichas acciones, era factible por la modalidad de transferencia con reserva de derechos de representación de que trata el documento, efectuar la negociación sin los requisitos del derecho de preferencia. O si siendo inexcusables esos requisitos, no se cumplieron. Y, en fin, si no habiéndolos cumplido, la enajenación de las acciones en transferencia a Fiduciaria Alianza S.A. para la constitución del patrimonio autónomo, fue efectuada legalmente o sólo en apariencia de facto.

¿Se podía pactar la “*reserva*” de participación en el ejercicio del accionista en asambleas como una dicotomía en la titularidad del dominio de las acciones, que diera lugar a figurar que enajenando las acciones para la constitución del patrimonio autónomo fiduciario, continuaba el supuesto enajenante siendo titular de dominio de ellas?

No existe en el sistema jurídico colombiano, como en general en el latino, la propiedad mediatizada, de forma que se pueda decir, dentro del concepto absoluto que la caracteriza, que es factible enajenarla pero dejando en alguna forma el mismo dominio. Dicho esto sin perjuicio de que puedan ser celebrados pactos con reserva de dominio o fraccionados los elementos de la propiedad, p.e. el uso y el goce de la nuda propiedad, como en el usufructo, que el Código Civil califica de limitaciones del dominio. Una de las cuales es la propiedad fiduciaria civil, en la que el dominio queda sujeto al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición (art. 714). Aunque también en ésta es esencial la transferencia del dominio del bien al fiduciario, pero ese dominio no es íntegro por el gravamen que lo limita. En la fiducia mercantil que, conviene acotar, es sustancialmente distinta de la civil, el dominio pasa sin ataduras, en verdadera propiedad, a constituir patrimonio en cabeza del fiduciario, en forma autónoma con la destinación pactada inter partes. Esa autonomía es de la esencia del negocio fiduciario mercantil. En lo que se diferencia, también, del trust norteamericano, que a tantos mueve a confusión.

Ello es que la alegación que el Gerente de Alianza Fiduciaria S.A. hizo en su comunicación del 7 de octubre de 1998 atrás referida, para tratar de contrarrestar la objeción de no negociabilidad de las acciones sobre las que se viene tratando, en vez de despejar reafirma la no transferencia del dominio de las acciones para constitución del patrimonio autónomo y, por ende, la ineficacia del acuerdo que las partes titularon de fiducia. Y acentúa la impericia con la que ese asunto fue tratado por las partes, cuyas consecuencias van tomando forma en la decisión de la causa en el laudo.

Sea lo que fuere la omisión de los requisitos de liberación de la no negociabilidad por el derecho de preferencia: si intencional por un tan errado criterio jurídico como el aducido, del que, además, no aparecen en el Proceso elementos que permitan inferirlo así; o si desesperado intento de hacer creer que habían sido hechas estipulaciones de esa forma, que contrarían las normas imperativas del Código de Comercio en esa materia, para tratar, si no de salvar el intento de transferencia, de justificar la manifiesta negligencia ocurrida en la formación del negocio jurídico, lo ocurrido sin lugar a dudas de hecho ni de

derecho, es que las acciones en cuestión no fueron efectivamente transferidas a la fiduciaria y, por ende, el negocio jurídico fiduciario no fue perfeccionado.

Valga aquí llamar la atención de la forma ligera como Alianza Fiduciaria S.A., en su carta comentada, trata de eludir la no negociabilidad de las acciones en la transferencia prospectada. Como si esa extraña modalidad que allí insinúa fuese compatible con la constitución del patrimonio autónomo en el negocio fiduciario. Y sin cuidar que de ser ella factible, la dualidad de titulares daba campo al embargo judicial en cabeza del accionista Jaramillo. Pero además, sin advertir que para la fecha de sus voces (Octubre de 1998), el embargo había sido efectivo desde meses antes y estaba inscrito en el Libro de Acciones y comunicado al Juez que lo dispuso.

Se recalca que en el examen de la prueba de registro de mutaciones en los folios del Libro de Acciones de Invermédicas S.A. relacionados con las partes de este Proceso, se puede observar que aparecen a la vez anotaciones de enajenación de acciones de José Raúl Jaramillo a Fiduciaria Alianza S.A. en Abril de 1995, de embargo de las mismas y otras acciones en Marzo de 1998 y de venta de esas acciones en Septiembre de 1998 por parte de Alianza Fiduciaria S.A. a Anclave Ltda., lo que muestra de bulto, además de perjudicial desgreño en el manejo de los referidos folios, una grave contradicción. Por lo que el Tribunal vio necesario ir a la fuente de la que, al menos en apariencia, manan los efectos que motivan el debate, esto es, la controversia sobre el cumplimiento defectuoso o cabal de la venta de las acciones. Además que encontraba incompleta la prueba allegada con los escritos de provocación y de réplica y en el período correspondiente, sobre la forma como debió haber operado la enajenación de las acciones del demandante Raúl Jaramillo en Invermédicas S.A. para la constitución del patrimonio autónomo acordado con Fiduciaria Alianza S.A., de que da cuenta el documento de fs.25 y ss.. Por lo que hubo de decretar y practicar la inspección con exhibición y copia del folio o folios de registro de acciones del nombrado Jaramillo Zuloaga y de los documentos de soporte de las diferentes anotaciones.

Se ha de resaltar también que cuando en forma por demás tardía, desordenada e injurídica, el Gerente de Invermédicas S.A. da respuesta a carta de 28 de septiembre de 1998 por la cual INVERMEDICAS anuncia a ALIANZA FIDUCIARIA haber recibido de ésta oferta de 348 acciones, no observa: 1) que la oferente no tenía título de ellas; 2) que no existía soporte idóneo del "registro del fideicomiso" por 280 acciones; y 3) que las acciones en cuestión estaban ya embargadas. Y sólo entonces acota que *"la Administración ve con preocupación el que no existen los soportes de haberse cumplido con el derecho de preferencia contemplado en los estatutos, lo cual en nuestro sentir afecta la validez del fideicomiso"*, pasando por alto que si se hubiera observado esa restricción de enajenabilidad de las acciones, nadie mejor podía disponer de la constancia de su cumplimiento, o, en caso contrario, tener conocimiento y constancia del incumplimiento, ante lo cual ninguna forma de enajenación de podía ser registrada en el Libro de Acciones.

Se advierte en esto que al recaer el fideicomiso prospectado sobre un título de acciones de sociedad anónima, el proceso de constitución de la fiducia que en relación con bienes de esa especie hay que transitar como la forma de la tradición, es, con el documento del acto que soporte la transferencia, o con copia auténtica de él, la entrega del título de las acciones a la sociedad accionaria, para su destrucción, la cancelación del registro de dicho título, la emisión de uno que lo sustituya a favor del nuevo titular (la fiduciaria) y la inscripción de la mutación en el Libro de Acciones de la sociedad correspondiente (Invermédicas S.A.). Ese es el proceso de transferencia normal, sin el cual no ocurre la tradición. Que puede y debe ser cumplido cuando se trata de acciones de libre enajenabilidad. Porque en las que tienen esta categoría restringida o prohibida, el proceso queda supeditado a su observancia. Además de que tampoco fue cumplida la pluralidad de formalidades en la enajenación, según son las pruebas que obran en el Proceso

Y si no fue hecha la transferencia de las acciones que habría de ser esencial en el negocio jurídico de fiducia proyectado, éste, se repite, no fue perfeccionado. Es decir, y así habrá de ser declarado en la parte resolutive, no existe. De donde el documento que expresa la intención de los fiduciantes y la fiduciaria no es más que de intención del negocio de fiducia fallido.

En conclusión: en el negocio jurídico de fiducia mercantil de garantía celebrado entre José Raúl Jaramillo Zuloaga y Ana Isabel Morales Vélez, como fideicomitentes y Fiduciaria Alianza, como fiduciaria, el patrimonio autónomo objeto del negocio de fiducia es inexistente por no haber sido traditadas las 280 acciones del fideicomitente a la

fiduciaria, por falta de la inscripción, en forma adecuada, en el libro de registro de accionistas de Inversiones Médicas de Antioquia S.A., todo lo cual sucedió por una actitud descuidada y negligente de Alianza Fiduciaria, de donde se concluye que el negocio de fiducia mercantil no produce efectos.

Y como si lo comentado no fuera suficiente, abunda el Proceso en pruebas de negligencias que no pueden menos de ser calificadas de inauditas, en el intento de celebración del negocio fiduciario. Es así como también aparece en el documento preparatorio en el que las partes declaran su acuerdo para celebrarlo, que las acciones que habrían de pasar al dominio de la fiduciaria en constitución del patrimonio autónomo, para su venta, en el caso de que el cumplimiento del mutuo con Coomeva que en esa forma se habría de garantizar, no fuera hecho en el plazo pactado, serían vendidas por un corredor de bolsa, vale decir, vendidas en Bolsa, siendo que "Invermédicas S.A." no estaba inscrita en el registro de valores y oferta pública y que las acciones llevadas al mercado de valores no pueden estar sujetas a condiciones o limitaciones de ninguna naturaleza y en todo caso, no pueden estar unidas al derecho de preferencia (inc. 2º Art. 407 C.Co.). Lo que pone a las claras: sea que las partes ignoraban que las acciones a transferir no eran susceptibles de venta en Bolsa porque la sociedad no estaba inscrita en ésta, ni la inscripción era factible porque la negociabilidad estaba atada al derecho de preferencia estatutario y no lo consultaron previamente, lo que no deja excusa para quien ha debido obrar en el proceso contractual con todos los conocimientos, todos los cuidados y todas las responsabilidades de su condición bancaria y comercial; sea, en vez, que no ignorándolo, lo pasaron por alto exponiendo así la inexistencia o la nulidad absoluta del contrato en prospecto.

La sociedad Invermédicas S.A. vino tiempo después (en carta del 28 de Septiembre de 1998 dirigida por el Gerente de esa sociedad a Alianza Fiduciaria S.A.), al acusar recibo de la que el gerente de ésta le había enviado ofreciéndole 348 acciones, a precisar que no son esas sino 280 las que aparecen en la anotación del fideicomiso, y a manifestar que *"la Administración ve con preocupación el que no existen los soportes de haberse cumplido con el derecho de preferencia contemplado en los estatutos, lo cual en nuestro sentir afecta la validez del fideicomiso"*.

Posteriormente, el 6 de Octubre del mismo año, Alianza Fiduciaria S.A. procuró acreditar su dominio de las referidas acciones, mas no mediante el título que conforme a la ley y a los estatutos es el medio legal para legitimar el dominio para efectos del derecho de disposición, sino con certificación solicitada con base en el libro, certificación de la que no existe constancia en el Proceso ni en el libro de acciones, que hubiera sido expedida. Conviene agregar que para el efecto señalado en aquella solicitud, esto es, para la enajenación, fuera a la sociedad o a los accionistas o en defecto de éstos, a terceros, la certificación no era medio idóneo, en cambio del título, que Alianza Fiduciaria S.A. no tenía porque en ningún momento, ni siquiera en ese de solicitar una certificación, lo había procurado.

En resumen de lo cual hay que resaltar: 1) Que no aparece en el expediente prueba de que el patrimonio autónomo de las acciones de Invermédicas S.A. que los fiduciantes y la fiduciaria dijeron en el documento por ellos firmado haber pactado, haya sido perfeccionado, lo que lo hace inexistente; 2) Que la tradición de la cesión no fue efectuada ni, como tres años después observó el Gerente de Invermédicas S.A., para ella fue cumplido el proceso al que la enajenación de acciones de dicha compañía está sometida, por el derecho de preferencia contenido en sus Estatutos. 3) Que cuando, sin que en la sociedad existiera todavía otro soporte de la fiducia anotada, fue solicitado por Alianza Fiduciaria S.A. un "certificado" de propiedad de las acciones que allí menciona, no era accionista en propiedad ni podía entrar a serlo por causa del embargo que sacaba del comercio las acciones.

Si ocurrió la anotación aparente de la transferencia de las acciones en Invermédicas S.A., primero a Fiduciaria Alianza S.A. y luego por negocio por ésta celebrado con Anclave S.A., tal como figura en deficientes anotaciones del Libro de Acciones de aquella, fue por la inobservancia de la Gerencia de esta última, a la que incumben la diligencia y la responsabilidad en el manejo de dicho libro y de las mutaciones que en él se registran, que no es una tarea secretarial mecánica sino una función gerencial, así la efectúe por conducto de un dependiente suyo, de los requisitos que a fortiori debían ser observados. Por este aspecto hay que apuntar que en el derecho colombiano, si la venta de cosa ajena vale, la tradición de cosa ajena carece de validez y no produce efectos traslativos de dominio que con la venta o contrato diferente se pretenden. Pero además, la venta de

cosa ajena vale como obligación de dar, pero en cuanto obedezca a un acuerdo de voluntades consciente del negocio jurídico que toma esa forma, no cuando está afectado por el primero de los vicios del consentimiento que enuncia el art. 1502 C.C., que es el error, y que brota si ninguna de las partes hubiera consentido en el negocio de haber tenido conocimiento de que lo vendido es ajeno.

Conviene en este punto distinguir los elementos requeridos para la existencia del negocio jurídico, de los necesarios para la validez. En el contrato, genéricamente considerado, tal como preceptúa el art. 1502 CC., los elementos son: capacidad legal, consentimiento sin vicio, objeto lícito y causa lícita. Las condiciones de existencia son aquellas sin las cuales el contrato o el negocio jurídicos surgen pero con enfermedad saneable o de muerte. Es así como el celebrado en contrato que reúne la forma legal, si una de las partes carece de capacidad legal o el consentimiento está viciado, existe el contrato, pero sufre de invalidez y es nulo relativa o absolutamente. Mientras que si reuniendo las condiciones del art. 1502 citado, no lleva las de existencia, p.e., la celebración de contrato de sociedad mercantil en forma oral o por documento privado, o el otorgamiento de testamento en forma manuscrita (ológrafo), el negocio o acto no nace jurídicamente.

Cuando las condiciones requeridas para la existencia del acto o negocio jurídico no se cumplen, es imperfecto. Puede ser que se cumplan en la apariencia, pero sin los requisitos que la ley prescribe para la eficacia. En el primer caso el negocio simplemente no existe; en el segundo, es ineficaz. Se dice que un acto o negocio es jurídicamente ineficaz cuando ha sido privado por la ley de efectos jurídicos. Cuando carece de elementos esenciales, es imperfecto, inexistente; cuando falta alguno de los requisitos que la ley exige no en atención a la naturaleza del acto o a la calidad o estado o al consentimiento de las personas, es ineficaz; y cuando carece de condiciones de validez, es nulo absoluta o relativamente. Son grados de afectación de la vida del negocio. V.gr., un cheque elaborado en papel distinto del formulario impreso de chequera, es inexistente, aunque los que aparecen como girado y girador dispongan de capacidad legal, de consentimiento sin vicio, de objeto y de causa lícitos en la intención que acuerda sus voluntades.

Según Aubry y Rau, acto inexistente es *"aquel que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, sin los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia"*. Para Planiol y Ripert, *"un acto es inexistente cuando carece de un elemento esencial para su formación, de tal suerte que no puede concebirse el acto sin dicho elemento"*. Y al decir de Josserand, *"el acto inexistente es aquel que carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de tal suerte que sin él no responde a la definición genérica que la ley le ha dado"*. Y don Fernando Vález, anticipándose a las tendencias del derecho moderno, dice: *"el acto es inexistente cuando en su parte interna o externa le faltan de manifiesto elementos esenciales para que tenga vida legal"*.

Caracteres de la inexistencia son, según los autores citados: a) Es independiente de toda declaración judicial. El acto o negocio inexistente no necesita ser declarado judicialmente para que se tenga por tal. Si llega a haber controversia acerca de dicho acto, el juez se limita a constatar que no existe o a rechazar la demanda, por falta de prueba. Así, un testamento otorgado ante un particular no necesita de declaración judicial para que se le repunte inexistente. b) Puede ser alegado por cualquiera persona y el juez debe reconocerla o constatarla de oficio. c) El acto inexistente no produce efectos jurídicos de ninguna especie; y d) No puede ser ratificado por las partes ni saneado por prescripción, pues la ineficacia del acto inexistente reside en su condición misma.

En el proceso no se ha propuesto la acción de nulidad del negocio fiduciario. O, para mayor precisión, cuando inicialmente se la pretendió en la demanda, hubo de ser retirada en razón de que en los hechos no se aducía causa de esa nulidad y en cambio, esos hechos y las demás pretensiones iban dirigidos a la indemnización de perjuicios por cumplimiento defectuoso, en abierta contradicción de las acciones postuladas.

No siendo en parte alguna materia de la controversia traída al Proceso, ni habiendo ocurrido oportunidad para el examen in limine del negocio fiduciario, porque hubiera arrojado siquiera sospecha de su inexistencia legal, solamente al hacer el análisis del conjunto de elementos que obra en el Proceso ha podido el Tribunal penetrar al examen riguroso de lo que constituye la base de la relación negocial de las partes en la que se originan sus diferencias, especialmente por consistir en ejercicios de la institución fiduciaria que es tan específica que por la doctrina ha sido calificada de atípica y en frecuentes casos ha sufrido una impropia o más o menos deficiente aplicación, incluso,

como en este caso, de parte de empresas de índole bancaria creadas con esa especialidad y dedicadas a ese negocio profesional.

Si hoy está inserto en la Constitución Nacional que los árbitros administran justicia igual que lo hacen los jueces incorporados al aparato jurisdiccional, en lo que es de su campo de acción, lo es también que continúan teniendo los límites que la Constitución en el art. 116 y las leyes que la desarrollan, imponen a la justicia arbitral, que lo hace por habilitación de las partes involucradas en pacto expreso o cláusula compromisoria y, por ende, en cuanto esa habilitación demarca y ciñe su labor a los términos que en ella y en la ley se señalan.

A diferencia de lo que acontece con el pacto de compromiso, en el que las partes determinan en forma específica el o los asuntos susceptibles de transacción que al ocasionarles diferencias defieren la solución al Tribunal de Arbitraje, en la cláusula compromisoria sólo se da un marco general y abstracto de las diferencias que han de ser desatadas por árbitros; y son los escritos de provocación y réplica los que enfocan y determinan las diferencias concretas, demarcando así la competencia de los árbitros.

En ese mismo sentido, el proceso arbitral no es, en su ritualidad y en sus alcances decisorios, un proceso ordinario sino un proceso sui generis. De allí que al determinar su competencia el Tribunal de Arbitraje que se constituye, está obligado a revisar cuidadosamente, no sólo la prehabilitación contenida en la cláusula o el pacto de compromiso, sino también la materia que concentran la demanda de provocación, la contestación y las excepciones propuestas, porque a esto queda circunscrita su área jurisdiccional. Son esos escritos los que al determinar las diferencias que suscitan el arbitraje, fijan los precisos límites dentro de los cuales ha de ejercer el Tribunal su autoridad.

Vale decir que si los escritos de provocación y réplica que especifican el campo de competencia, no comprenden el de decidir sobre los asuntos de fondo que han venido siendo analizados, el Tribunal no puede extender a ellos, aunque en su examen encuentre fallas que denotan la inexistencia del negocio jurídico o su nulidad absoluta, su decisión. Es esa una diferencia muy destacable de la justicia arbitral con la ordinaria que, recibiendo del Estado su autoridad y su función amplia, está facultada para declarar la nulidad absoluta de acto o contrato que entra en su examen, aunque no sea esa nulidad materia específica del litigio.

Pero si el Tribunal arbitral tiene esa limitación en los alcances de su jurisdicción, no puede desconocer en el estudio y decisión provocados sobre efectos de hecho del negocio jurídico fiduciario que vino en el examen a no haber sido perfeccionado, resolver sobre lo puesto en contienda como si su fundamento fuera válido y eficaz. Sino que llegándole el conocimiento de las ramas, no puede menos ni distinto de entender que si el tronco no existe o existiendo está tan viciado que por absolutamente nulo o legalmente ineficaz se lo ha de tener, esa misma es la suerte de aquéllas. Lo otro, considerar que por la apariencia de hecho puede el Tribunal decidir sobre efectos jurídicos de lo inexistente o absolutamente nulo o ineficaz, conduciría al absurdo de concebir efectos sin causa que los genere. Y esa licencia no cabe en derecho. Vale reiterar que no puede, por la limitación de su competencia, ignorar el Tribunal situaciones jurídicas que inciden en aquellos efectos, porque si las ignorara reconocería efectos legales a lo que por ley carece de ellos. Tiene el proceso arbitral una cerca que el Tribunal no puede trasponer, pero tampoco le impide ver lo que, estando más allá de esa cerca, genera efectos en lo que está de este lado en lo sometido a su conocimiento y decisión.

El Tribunal en este caso, así haya encontrado hechos y omisiones que, como se verá, enervan tanto las pretensiones como su opugnación, obligado a pronunciarse sobre la materia traída a debate por las partes, no está autorizado, empero, decidir aquellos, vale decir, la inexistencia, la ineficacia o la nulidad absoluta del negocio jurídico de fiducia, no solamente porque una decisión de ese orden excedería el radio de acción del Tribunal necesariamente enmarcado y por ello circunscrito a los extremos de la litis propuestos por las partes, sino también porque cualquier decisión en ese sentido tendría efecto para terceros que no han sido vinculados al Proceso.

Cualquier decisión sobre inexistencia del negocio de fiducia o invalidez de la cesión de acciones anotada en esta última parte, involucraría a Coomeva, a Anclave Ltda. y eventualmente a Invermédicas S.A., sin que para el llamamiento y la eventual vinculación de estos al Proceso deje ocasión el procedimiento arbitral y oportunidad el tiempo que

resta para su conclusión. Si es a tiempo de la emisión del laudo cuando por la evaluación de los hechos, las pretensiones, las réplicas y la prueba, el Tribunal halla una nulidad que puede afectar a terceros, siendo ya que el tiempo de que dispone para el laudo se agota, resulta procesalmente imposible hacer esa vinculación, que en el caso de ser acogida por el o los terceros, obligaría brindarles todas las oportunidades desde el comienzo mismo del Proceso, sin que para eso quede tiempo ni el Proceso arbitral permita retrotraerlo en la forma en tal caso requerida. De allí que el Tribunal tenga que moverse con los medios limitados de que dispone, cuidando, además, de no incurrir en laudo extra o ultra petita.

Es así como el Tribunal se declara inhibido para decidir de raíz sobre dichos actos, por las razones de competencia y de procedimiento que deja anotados, mas no para decidir sobre las pretensiones de la demanda y sobre las excepciones, que entran a ser resueltas en el laudo.

EXCEPCIONES.

Las excepciones propuestas son como se relacionan en la primera parte del laudo. Como se lee en ellas, las diferencias están referidas al cumplimiento del contrato que defiende y frente al incumplimiento que se le ataca. Y, por consiguiente, toma pie en la existencia del contrato y en la validez de la cesión de acciones hecha, que no han sido objeto del debate. Pero por sustracción de materia, al no hallar el Tribunal existente el negocio de fiducia, sin entrar a consideraciones como la hecha en la demanda y en la réplica sobre la forma puntual de la cesión de acciones, ha de decidir que las excepciones no prosperan.

RECAPITULANDO:

La jurisdicción arbitral fue aquí puesta en actividad para decidir sobre efectos de cumplimiento defectuoso o declaración de cumplimiento cabal, del fideicomiso en cuya constitución se basa la controversia. Y se ha movido sobre la apariencia del negocio fiduciario. De forma que mientras en la presunción de que esa constitución ocurrió y la fiducia fue puesta en ejecución, la parte actora alega que ocurrieron fallas que le ocasionaron perjuicios por los que pretende resarcimiento y la contraparte sostiene que el cumplimiento del fideicomiso fue cabal de parte de la fiduciaria.

Obviamente, el negocio fiduciario comercial es causa prima en su ejecución y, por ende, piedra sillar de la acción de responsabilidad contractual en él originada. Así ha ido a su examen el Tribunal.

En el caso sub judice, en el acuerdo de voluntades se quiso hacer consistir la constitución del patrimonio autónomo esencial, en la cesión de unas acciones de sociedad anónima que se hallaban sujetas al derecho de preferencia. Y en las sociedades que tienen éste estatuido, los accionistas deben abstenerse de ceder, los terceros de negociar y la sociedad de inscribir en el libro de acciones, cualquier acto que conlleve enajenación, mientras no sea librada esa barrera que hace que no surta ningún efecto la estipulación que la contravenga y el acto resulte absolutamente nulo.

Ocurrió en la cesión de acciones para constitución del patrimonio autónomo acordado entre los señores Jaramillo y Morales de una parte y Alianza Fiduciaria S.A. de la otra, que se intentó efectuar pero se frustró. No solamente porque no se cumplieron los requisitos prescritos para la supresión del obstáculo que por el derecho de preferencia la impedía, sino además porque, según enseña la prueba allegada al Proceso, tampoco se dieron los elementos formales para la cesión.

Vale recalcar que sólo el negocio fiduciario debidamente perfeccionado, es decir, existente, puede proveer legitimidad a los reclamos y defensas que de su cumplimiento se susciten. Y su ausencia no puede ser suplida por acontecimientos de facto como fueron los sucedidos entre las partes, según son las alegaciones y pruebas del Proceso. Por lo que el Tribunal se encuentra, al dictar el laudo, ante el vacío por la inexistencia del negocio de fiducia mercantil que, al no generar efectos, no permite considerar que los puestos en debate lo son de dicho negocio sino de la apariencia de facto que entre las partes acaeció, que como efectos de la figurada relación fiduciaria mercantil fueron sometidos a la dilucidación y la decisión de los árbitros. En este punto el Tribunal debe decir que la venta de acciones hecha por Alianza Fiduciaria S.A. a Anclave Ltda. en el mes de Octubre de 1998, no podía legalmente provenir de la fiducia presumida, porque no habían sido hechas la cesión y la tradición de las acciones para la constitución del patrimonio fiduciario y porque al tiempo de la referida venta las susodichas acciones se hallaban

embargadas en cabeza de uno de los que en aquella relación figuran como fiduciarios, en razón de que continuaba siendo su titular. En esta forma la ausencia de efectos legales del fideicomiso primigenio intentado, hace la sustracción de materia tanto para las pretensiones como para las excepciones.

Aclara el Tribunal, entonces, que la cláusula compromisoria pactada comprende las diferencias que puedan ocurrir **"con ocasión de este contrato o de su celebración, su ejecución o de su liquidación"**, pero, como se analizó en la interpretación de la demanda, los árbitros están circunscritos a la doble limitante de dicha cláusula y de los asuntos específicos que con base en ella le fueron sometidos por las partes, y al estar concretados a efectos de ejecución del negocio fiduciario que por no haber sido perfeccionado no los ha podido surtir legales, hace lo acontecido extraño al área jurídica angular y lo revela como situación de facto. Habida consideración de lo cual, por cuanto las pretensiones de la demanda están cifradas en efectos de la sedicente relación fiduciaria, igual que las excepciones están apoyadas en el cumplimiento de la misma, el Tribunal habrá de negar unas y otras por la analizada sustracción de materia.

AUTONOMIA DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA

No sobra hacer referencia a este aspecto, trayendo el impecable criterio que sobre el asunto aborda el doctrinante Julio Benetti Salgar: *"Por influencia del arbitraje internacional la cláusula compromisoria ha derivado de constituir una cláusula accesorio o adicional y a veces subalterna del contrato, a adquirir una autonomía tal, que aunque limitada a determinado contrato, por cuanto se aplica a las diferencias que surjan de dicha relación contractual, se separa de ésta para crear una estipulación autónoma y hasta cierto punto independiente de la suerte de la relación contractual a la que se refiere...."*

"La teoría sobre la autonomía de la cláusula compromisoria parte de la premisa de que la validez del negocio jurídico no puede afectar la decisión de las partes de resolver sus conflictos originados en dicha relación, mediante mecanismos alternativos. O sea, que uno es el contrato que regula la relación jurídica concausal y otro distinto el contrato para resolver las diferencias que puedan surgir en desarrollo del primero, contratos que son independientes entre sí, aunque finalmente este esté ligado a aquel, por cuanto su aplicación se reduce a las diferencias que surjan respecto al primero de dichos convenios" (El Arbitraje en Derecho Colombiano, Segunda edición, Temis, pag. 11 y 112).

En nuestro derecho positivo la autonomía o independencia de la cláusula está consagrada en el artículo 118 del decreto 1818 de 1998, así: *"La cláusula compromisoria es autónoma con respecto a la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente"*.

CONCLUSIÓN.

Si es de Pero Grullo que el de fiducia mercantil en el que las acciones de sociedad anónima han de constituir el patrimonio autónomo que en aquél es esencial, es un verdadero negocio jurídico de transferencia efectiva e incondicional del dominio de aquéllas al fiduciario para el patrimonio señalado, y no un contrato de mandato o de prenda o de pignoración de acciones, es también elemental decir que en la no negociabilidad de las acciones sujetas al derecho de preferencia, la ley no contempla ni permite por interpretación analógica excepción de requisitos para el negocio de fiducia mercantil, porque éste genera verdadera y plena enajenación y es esta la que está en el caso sub iudice prohibida en interés de la sociedad y de los demás accionistas, mientras ellos no declinen su derecho.

De allí que resulta al Tribunal inexplicable: ¿cómo, a sabiendas de que para el mes de Septiembre de 1998 las acciones en cuestión habían sido embargadas, Alianza Fiduciaria S.A. las ofreció primero a Invermédicas S.A. —que tenía en el registro de acciones la inscripción del embargo— y luego a los demás accionistas, y ante la declinación de éstos las vendió a Anclave S.A.? ¿Cómo Invermédicas S.A. tramitó la oferta de venta de esas acciones que en su registro estaban embargadas y luego inscribió la venta que Alianza Fiduciaria S.A. dijo haber hecho a Anclave Ltda., faltando también a los requisitos de recepción, destrucción y nueva emisión de títulos exigido en la enajenación? Y, finalmente, ¿cómo Anclave S.A. hizo una meditada compra de esas acciones, ignorando

la situación que presentaban en el libro de acciones y pasando por alto que podía estar negociando bienes no negociables? Son interrogantes que suscitan las piezas del Proceso. Pero cuyas respuestas y consecuencias escapan a la competencia del Tribunal en este Proceso. Porque aquellos hechos y el del precio de más o de menos en la venta que en cumplimiento del que se suponía existente negocio fiduciario fue hecha a Anclave Ltda., que es en el que la parte provocante finca su acción, resultan ser extraños al negocio jurídico de fiducia y sólo constituyen efectos fácticos del acto o negocio que carece de efectos legales por ineficaz y por nulidad absoluta. Si el negocio jurídico no surte efectos por sanción de la ley al no haber sido perfeccionado, no puede el Tribunal adoptar decisiones sobre efectos que ocurridos o no de hecho, no han existido en derecho. Lo que no significa que pueda ignorarlas, en cuanto basándose el diferendo en efectos del negocio fiduciario y no habiendo hallado éste existente, tampoco ha encontrado los efectos legales de cuya existencia tendría que partir para decidir sobre consecuencias y derivaciones de los que se supone que existieron.

Valga acotar, ya al margen, que de no existir el vacío del negocio jurídico fiduciario y poder entrar a conocer y decidir sobre lo que aparece propuesto como litigio, estaría obligado el Tribunal al análisis de la legitimación en la causa en lo que es demandado, no suficientemente clara si se atiende que las fallas en el provecho del contrato de fiducia afectan en los resultados al fideicomisario garantido, que es el que recibe como producto de la venta de los bienes fideicomitidos un menor valor del que con mayor diligencia del fiduciario podría haber resultado. Por eso este, el fiduciario, está obligado a rendirle cuentas. En este caso, en forma que a la vista del Tribunal no se ajusta a la disciplina del contrato de fiducia, el menor valor del pago hecho a la persona que se supone garantida fue cargado a los deudores que con la fiducia figuraban garantes, sin que salga claro por qué rebotó a éstos el defectuoso provecho si se mira la cuantificación de la garantía que en el acuerdo fiduciario aparece hecha. Pero son asuntos que en este Proceso no es viable dilucidar ni desatar.

El Tribunal se abstiene, por sustracción de materia, de hacer el examen crítico de cada una de las pruebas aportadas en relación con la venta de acciones que figuró hecha por la parte demandada a Anclave S.A., salvo en lo referente a la constitución del patrimonio autónomo que ha sido examinado en pormenor

Con estos fundamentos y al no hallar base jurídica para las excepciones, para las pretensiones y para la oposición, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.= No prosperan las excepciones propuestas.

Segundo.= Niéganse las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta de la demanda.

Tercero.= Condénase a cada una de las partes a pagar, por concepto de costas, la suma que cada cual consignó para la iniciación del proceso arbitral, de forma que con lo pagado queda entre sí compensado.

Cuarto.= La presidencia cubrirá a cada uno de los árbitros y al secretario, la mitad de sus honorarios restante, en razón de la conclusión del Proceso.

Quinto.= Una vez en firme el laudo, líquidese el proceso y protocolícese el expediente en la Notaría Séptima de Medellín. Los intereses generados por la cuenta especial abierta, sumados al remanente de ésta, serán entregados a cada una de las partes, de por mitades, una vez cubiertos los gastos finales de copias y protocolo del expediente.

Sexto.= Expídanse copias auténticas a las partes del presente laudo.

El laudo queda notificado en estrados.

IGNACIO MEJIA VELÁSQUEZ
Arbitro

ALVARO ISAZA UPEGUI
Arbitro

REINALDO ESCOBAR DE LA HOZ
Arbitro
Con salvamento de voto

ALVARO FRANCISCO GAVIRIA A.
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO DEL ARBITRO REINALDO ESCOBAR DE LA HOZ

Con el mayor respeto me permito salvar el voto en el laudo emitido por mayoría dentro del presente proceso arbitral provocado por los Señores José Raúl Jaramillo Zuloaga y Ana Isabel Morales Vélez contra Alianza Fiduciaria S.A.. Sirven como soporte de este salvamento, las siguientes y sencillas consideraciones:

El fallo de la mayoría se basa en que el negocio de fiducia mercantil de garantía celebrado entre las partes de este litigio es inexistente porque no se cumplió previamente el trámite de venta previsto para las acciones con derecho de preferencia de la sociedad Invermédicas S.A. que fueron fideicometidas y, además, porque la transferencia derivada del negocio fiduciario, no surgió a la vida jurídica en virtud de la falta de inscripción del mismo en el libro de registro de accionistas de la sociedad emisora de las acciones.

Pues bien, es indiscutible que la fiducia produce una transferencia del dominio del bien fideicometido, del fiduciante al fiduciario, pero se trata de un derecho de dominio de especiales características que conforma una propiedad sui generis, por cuanto el fiduciario no tiene las amplias prerrogativas que el típico derecho de propiedad otorga regularmente a su titular (el propietario). En la fiducia, sin duda, la capacidad del fiduciario para gozar y disponer arbitrariamente del bien fideicometido, nunca es igual que la de quien ostenta la calidad de dueño en el derecho de dominio ordinario, porque en aquella la potestad del propietario fiduciario se limita al cumplimiento del encargo contratado. Este aserto lo acepta y explica muy bien el laudo arbitral, sólo que desprende de allí consecuencias diferentes a las que se aceptan en este salvamento.

La doctrina se ha ocupado de ese especial y restringido derecho de propiedad fiduciaria. Así, por ejemplo, el profesor mejicano Rodolfo Baliza afirma lo siguiente:

"El efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso, empero, no puede ni debe asimilarse a la transmisión normal del derecho de propiedad, la que se efectúa, por ejemplo, mediante figuras jurídicas como la compraventa, la permuta o la donación. En el fideicomiso, por principio, la transmisión se hace para el sólo propósito de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda. Por eso decía Alfaro que el fiduciario no es dueño absoluto: tiene sobre los bienes una "propiedad fiduciaria", es decir, que su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso. Por su parte, Lapuelle expresaba que el trustee es un "singular" propietario, ya que no puede obtener ninguna ventaja personal de los bienes que se le han transmitido, debiendo cumplir con ellos una misión, y la Suprema Corte afirmó que el fiduciario adquiere un dominio restringido". (Principios básicos del fideicomiso y de la administración Fiduciaria. Editorial Porrúa, 1977, pág. 32).

En nuestro medio, sobre este tema se pronuncia el tratadista Ramiro Rengifo en su obra La Fiducia, primera edición, pag.220, así:

"Los derechos del fiduciario: Dados los poderes de disposición conferidos al trustee es posible afirmar que el derecho del trustee sobre los bienes dados en Fiducia, es de carácter real. No es claro, en cambio, que se trate de un derecho de propiedad. Si se toma el concepto, en su sentido tradicional de implicaciones absolutas e individualistas y que concibe la propiedad como el derecho de usar, gozar y disponer de la cosa, la afirmación de que el trustee o fiduciario es un propietario de los bienes dados en fiducia, resulta falsa. Pero, indudablemente el concepto de propiedad se ha ido atemperando con el tiempo."

Dentro del anterior pensamiento que entraña un criterio de interpretación libre y no textual de la ley, que el suscrito comparte, hay que afirmar que es correcta la fiducia cuando los bienes fideicometidos son acciones con derecho de preferencia a favor de la sociedad emisora y de sus socios porque, como se dejó dicho, ese derecho de dominio sobre tales acciones que adquiere el fiduciario, distinto del que tienen los restantes accionistas, sólo le permite al primero cumplir el objetivo de la fiducia.

Ahora, es preciso tener presente que la finalidad del derecho de preferencia no es otra que la de impedir que a la sociedad emisora ingrese un nuevo socio ordinario, sin que previamente el vendedor ofrezca sus acciones a los demás accionistas o a la sociedad que así disfrutan del retracto. Se trata de una especie de filtro para la llegada de terceros. Ese privilegio de la primacía, no se destruye si la transferencia de acciones se hace a título de fiducia, dado que el fiduciario no es propietario absoluto, sino que tiene una precaria "propiedad fiduciaria" con la que sólo, y nada más, puede realizar el encargo

fiduciario que se le encomendó en el negocio. Esto sí que es algo muy distinto del tradicional y ordinario derecho de dominio pleno que tienen los dueños de acciones no fideicometidas.

Hay que anotar que la transferencia a que se refiere el art. 1226 del C. de Co. mal puede entenderse con rigor literal. Por el contrario, la hermenéutica impone entender la ley con la lógica que haga posible comprender el concepto que ella encierra. Y la lógica indica que en el presente caso de transferencia del bien fideicometido, del fiduciante al fiduciario, el mencionado Derecho de Preferencia de la sociedad emisora y de sus socios no se vulnera si la fiducia, más si se trata de fiducia en garantía, se celebra para que si el fiduciante incumple su obligación, el fiduciario venda las acciones fideicometidas, pero con atención estricta de la preferencia reglamentada en los estatutos sociales. Es lo que acontece en la fiducia origen de presente proceso donde se estipuló que para la venta de las acciones fideicometidas, en primer término, se deberán ofrecer *"..a la sociedad Inversiones Médicas de Antioquia (Invermédicas S.A.) y a sus socios"*. Se consagra en esta forma, un riguroso respeto al referido derecho de privilegio en la adquisición de las acciones cuando éstas fueran a trasladarse en propiedad ordinaria y plena, como en efecto lo hizo la demandada en desarrollo de la misión que tenía, por cierto sin reparo alguno de los titulares de la prelación, quienes, de hecho, la declinaron.

Definida en los términos anteriores la legitimidad del negocio jurídico de la fiducia, procede ahora examinar el registro del mismo en el libro de accionistas de Invermédicas. Allí se encuentra, en cada uno de los folios 03, 255 y 283, bajo el número 2 (Véase el cuaderno de la inspección judicial), esta anotación: *"Constitución de fideicomiso fuente de pago a favor de Fiduciaria Alianza, del 10 de abril de 1.995 por 280 acciones"*. Esto obedeció a que el fiduciante y propietario pleno de las acciones, doctor José Raúl Jaramillo, pidió a Invermédicas, primero en carta del 5 de abril de 1.995, que registrara la *"pignoración"* de las acciones a nombre de Fiduciaria Alianza S.A. de las 280 acciones que tenía en Invermédicas. Luego, en otra carta del 21 de los mismos mes y año, aportada por la parte opositora y que se echó de menos en la inspección judicial practicada al libro de registro de accionistas, manifestó el demandante Jaramillo que había *"...cedido a Alianza Fiduciaria 280 acciones y solicito registrar esta transferencia en el libro de accionistas y expedir nuevo título"* (Cuaderno 2, folio 93).

Es importante destacar aquí, que si bien a las cartas mencionadas podría tacharse la inconsistencia de sus fechas, el recibo en Invermédicas y la impropiedad en los términos utilizados en sus textos, lo cierto es que en la Inspección judicial se estableció que el documento que contiene el contrato de fiducia fue recibido por la misma sociedad Invermédicas y anotado en el libro de registro. El recibo, presencia y anotación de ese contrato constituyen la parte medular de la inscripción registral, en cuanto en último término, es el propio contrato de fiducia el soporte y reflejo fundamental del significado de la anotación en el libro de accionistas, que en las condiciones explicadas, no puede menos de producir como secuela el registro del negocio. No debería entenderse de otra manera, porque el acto registral no está revestido por la ley de solemnidades o formalidades especiales. Por el contrario, se trata de algo simple y rudimentario cuya validez hay que aceptar porque el legislador comercial le reconoce valor para producir efecto jurídico a cualquier expresión inteligible y no viciada de la voluntad. Hay que recordar el viejo aforismo según el cual, en derecho *"las cosas son lo que son y no lo que se dice de ellas"*. Así, el registro en examen tiene el alcance de lo estipulado en el contrato de fiducia aportado a Invermédicas y no el que expresó inadecuadamente el fiduciante propietario de las acciones, de suyo persona no versada en la materia.

Debe observarse, de otro lado, que en el proceso de registro del fideicomiso sí hubo irregularidades, tales como la de no haberse expresado directa y concretamente en el libro de accionistas quién era el nuevo titular de las acciones como propietario fiduciario, y la de no haberse expedido el título accionario a que había lugar, previa cancelación del precedente. De igual forma, la posterior y equivocada inscripción de unos embargos judiciales referidos al demandante José Raúl Jaramillo, quien para entonces ya no era propietario. Con todo, estas anomalías no pueden tener la entidad suficiente para invalidar la fiducia y su registro debido a que tales consecuencias no están previstas en la ley, ni la nulidad ha sido deprecada ante este Tribunal. Posiblemente tales errores tienen la magnitud necesaria para acarrear la responsabilidad de sus autores, pero esto es materia ajena al presente conflicto.

Se tiene, entonces, según lo expuesto, la existencia legítima de la fiducia y su registro, de tal suerte que el dominio de las 280 acciones de Invermédicas sí se transfirió, a título de

fiducia, que no de propiedad plena y ordinaria, de José Raúl Jaramillo a Alianza Fiduciaria. Recuérdese que es el registro en el libro de accionistas y no el título cartular el que determina la condición de propietario de las acciones, tal como lo anotó acertadamente la Superintendencia de Sociedades en el oficio circular 220-1082 del 21 de enero del 2.001, cuando expresó lo que sigue:

“En virtud del carácter nominal de las acciones, la sociedad le reconocerá el carácter de accionista únicamente a la persona que aparezca inscrita como tal en el libro de registro de acciones..... la calidad de accionista de ninguna manera se subordina a la expedición del título correspondiente, resultando ser un medio probatorio, pero no necesario para el ejercicio de los derechos correspondientes: el título no los incorpora, sino que se tienen en virtud de la misma ley (C. de C. Art. 379). De hecho, si un título representativo de unos derechos sociales se extraviare, si bien su propietario tiene que proceder conforme a lo establecido en el Art. 402 del C. de C., no por ello se inhabilita para el ejercicio de sus derechos, pues es su registro como accionista en el libro correspondiente el que brinda la garantía y seguridad en cuanto a su calidad de accionista y participación porcentual en el capital social”. Y se dice más adelante: “.....es la inscripción en el libro de registro correspondiente la que cuenta para establecer la calidad de accionista y la que hace oponible a la sociedad y a terceros los derechos del accionista.”.

No sobra advertir que la fiducia celebrada entre las partes de este proceso, a pesar de las falencias antes dichas, dio origen a un patrimonio autónomo (*“Patrimonio Las Vegas Jaramillo”*) afectado a la finalidad contemplada en el negocio jurídico, conforme lo dispone el art. 1.233 del C. de C..

Sea la ocasión para dejar en claro que el distanciamiento conceptual entre el laudo de la mayoría y este salvamento, no está en el surgimiento o negación del patrimonio autónomo que emerge de la fiducia. En este punto hay identidad de pareceres. La disparidad surge, de un lado, en que mientras en el fallo, como se expresó al principio, se pregona la inexistencia de la fiducia porque se pretermitió el trámite previsto para la venta de acciones con derecho de preferencia, aquí se estima que ese desconocimiento no existió y, por ello, la fiducia es válida. Y de otro lado, cuando para la mayoría del Tribunal no hubo registro de la fiducia en el libro correspondiente, para el salvamento sí se dio ese registro, porque lo esencial fue que Invermélicas recibió el contrato, lo archivó y tomó nota de él en el Libro de Accionistas.

Desde luego, hay que repetir que no puede desconocerse la desidia de Invermélicas al no expedir un nuevo título pese al pedido del fiduciante primero y luego de la fiduciaria; como hubo también negligencia de Alianza Fiduciaria S.A. al no exigir de nuevo y apremiantemente a la sociedad emisora de las acciones la expedición y entrega del título; pero, una vez más hay que decirlo, tal conducta no puede invalidar el negocio jurídico de la fiducia, ni su registro.

* * *

Por todo lo anterior, el Tribunal ha debido aceptar la presencia del negocio fiduciario y la propiedad fiduciaria de las acciones de Invermélicas en cabeza de la demandada, y luego estudiar si ésta cumplió con las obligaciones legales y contractuales que tenía, o si no lo hizo, o lo hizo imperfectamente, y cuáles las consecuencias de cualquiera de estas posibilidades. Para ello, lo procedente era entrar en el análisis de los errores que se dieron en el desarrollo de la fiducia de parte de la entidad provocada, bien se tratara de los señalados en la demanda o de otros visibles en el proceso. Bajo esa perspectiva correspondía al Tribunal definir en el laudo si resultó o no comprometida la responsabilidad de Alianza Fiduciaria S.A.. En caso afirmativo, se imponía un fallo de condena con rechazo de las excepciones; de lo contrario, si la responsabilidad no surgió, cabía entonces un fallo absolutorio.

Falta agregar que no es adecuado, a juicio de quien suscribe este salvamento, que en la parte motiva del laudo se exprese que *“...el Tribunal se declara inhibido para decidir de raíz”* sobre la validez del negocio jurídico de autos y luego se pronuncie de manera distinta en su parte resolutive.

Asimismo, y por último, debe advertirse que si el fallo de mayoría se sustenta en la inexistencia de la fiducia, la consecuencia natural era rechazar las pretensiones de la demanda y absolver a la demandada, pues resulta antitécnico que se nieguen las pretensiones demandadas y simultáneamente se declare el fracaso de las excepciones.

Dejo así consignado el presente salvamento de voto, desde luego con el debido respeto y alta consideración que me merecen los colegas de este Tribunal de Arbitramento.

Medellín, Octubre 14/03

REINALDO ESCOBAR DE LA HOZ