



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL

Bogotá, D. C, veinticuatro (24) de febrero de dos mil nueve. (2009)

REF: ORDINARIO DE MAYOR CUANTIA de
COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO DE
FUSAGASUGÁ COACRÉDITO EN LIQUIDACIÓN
contra **FIDUCIARIA TEQUENDAMA S. A.**

Radicación No. 2004 0086 01.

Magistrada Ponente: **Dra. LIANA AIDA LIZARAZO V.**

Discutido y aprobado en Sala del 20 de febrero de 2009.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación impetrado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4°) Civil del Circuito de esta ciudad el diecinueve (19) de diciembre de 2007, mediante el cual se declaró probada la excepción de la inexistencia de la obligación de indemnizar a cargo de la fiduciaria demandada por el cumplimiento cabal del contrato de Fiducia en Garantía y Comodato, y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la actora.

I. ANTECEDENTES

1. La COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO DE FUSAGASUGÁ COACRÉDITO EN LIQUIDACIÓN en su calidad de beneficiaria-acreedora del patrimonio autónomo denominado “EL RECUERDO” demandó a la FIDUCIARIA TEQUENDAMA S. A. para que se declarara que ésta última incumplió las obligaciones que le correspondían dentro del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y comodato celebrado entre ALBENIS AGUILERA GAITAN como fideicomitente y la FIDUCIARIA TEQUENDAMA S. A.

2. Los hechos en que fundó la anterior pretensión son los siguientes:

2.1. Previamente a la celebración del contrato de Fiducia Mercantil, el señor ALBENIS AGUILERA GAITÁN allegó a la FIDUCIARIA TEQUENDAMA S. A., un avalúo comercial sobre los inmuebles denominados EL RECUERDO y VALPARAISO ubicados en el Municipio de la Mesa (Cundinamarca) vereda Buenavista, elaborado por CÁCERES & FERRO S. A., el 16 de febrero de 1996, por el valor de \$308.350.000,00 m/cte.

2.2. En el estudio de títulos realizado el 21 de febrero de 1996 por el doctor ENRIQUE LLANO FERRO no se advirtió la diferencia de la cabida, medidas y linderos que presentaban los bienes que conformaban el patrimonio autónomo denominado EL RECUERDO además contenía errores en la numeración de los folios de matricula inmobiliaria.

2.3. El 26 de febrero de 1996 se perfeccionó el contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Garantía y Comodato en la Escritura Pública 475 de esa misma fecha.

2.4. Señaló la parte demandante que de acuerdo con el predial de los inmuebles “El Recuerdo” y “Valparaiso” su valor era mucho menor al que se consignó en la cláusula vigésimo primera del contrato de Fiducia Mercantil por valor de \$154.175.000,00 m/cte.

2.5. El objeto del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable en Garantía y Comodato fue la constitución de un PATRIMONIO AUTÓNOMO con los bienes inmuebles antedichos, denominados “EL RECUERO” y “VALPARAISO” para que la Fiduciaria se constituyera en su pleno propietario, ejerciera las acciones y derechos inherentes a esa calidad y garantizara con ellos las obligaciones del Fideicomitente y en general las que derivan del contrato de Fiducia.

2.6. Se pactó en el contrato que los beneficiarios del Fideicomiso EL RECUERO serían el fideicomitente y los acreedores que aparecieran inscritos en el registro que para tal efecto llevaría el fiduciario, por el monto del saldo de las obligaciones que al momento del incumplimiento consten en el título de deuda y hasta por el valor señalado en el certificado del registro de garantía, hasta concurrencia del precio de venta del bien fideicomitado sin perjuicio de lo señalado en el orden de prelación respecto del cubrimiento de intereses.

2.7. En virtud de lo señalado el fideicomitente ALBENIS AGUILERA GAITAN solicitó crédito a la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO DE FUSAGASUGÁ-COACRÉDITO EN LIQUIDACIÓN y en consecuencia, la Fiduciaria expidió los respectivos certificados de

garantía, en los cuales consta además, el conocimiento de los acreedores del contrato y del avalúo de los bienes fideicomitados, señalado en \$422.880.000,00 m/cte. distribuidos así:

- a) A favor de COACRÉDITO el expedido el 21 de noviembre de 1996, CERTIFICADO DE GARANTÍA FIDUCIARIA NÚMERO DOS hasta por la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE \$200.000.000,00 m/cte.
- b) A favor de CREDISOCIAL el emitido el 30 de diciembre de 1996 CERTIFICADO DE GARANTÍA NÚMERO TRES hasta por la suma CINCUENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$52.000.000,00 m/cte.).

2.8. Sobre el valor de \$422.880.000,00 m/cte, ALBENIS AGUILERA GAITAN obtuvo un préstamo por valor de \$180.000.000,00 m/cte con la cooperativa demandante. Habiendo incumplido con los pagos, la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Fusagasugá COACRÉDITO oportunamente informó a Fiduciaria Tequendama S. A. para solicitar la ejecución de la garantía en los términos del contrato fiduciaria según consta en la comunicación radicada el 18 de febrero de 1997.

2.9. En esas circunstancias, la Cooperativa de ahorro y crédito de Fusagasugá -COACRÉDITO EN LIQUIDACIÓN- promovió un proceso ejecutivo singular en contra de ALBENIS AGUILERA GAITAN que cursa en el juzgado 20 Civil del Circuito, con el objeto de recaudar judicialmente el valor de las obligaciones a su cargo, y que se hallan garantizadas con el Patrimonio Autónomo denominado "EL RECUERDO".

2.10. Mediante Resolución No. 683 del 28 de abril de 1999 el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas se ordenó la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO DE FUSAGASUGÁ – COACRÉDITO-.

2.11 Adelantada la ejecución de las garantías el bien fue finalmente entregado en dación en pago a la cooperativa demandante mediante la Escritura Pública No. 1717 de la Notaría 30 del Círculo de Esta ciudad, el 8 de julio de 1999.

2.12 Acusa la Cooperativa demandante a la SOCIEDAD FIDUCIARIA TEQUENDAMA S. A. demandada de negligente en la ejecución del contrato, básicamente por lo siguiente:

- a) La fiduciaria no actuó con suficiente diligencia y cuidado que se exige para un “buen hombre de negocios” en el estudio de los títulos ofrecidos al constituir el fideicomiso.
- b) Los bienes presentaron diferencias en la cabida, medida y linderos.
- c) El avalúo dado inicialmente por el fideicomitente y realizado por Cáceres y Ferro por valor de \$308.350.000,00 resultó exagerado al compararlo con el de los avalúos prediales de la época en que se constituyó el Fideicomiso.
- d) Se indujo a que Coacrédito otorgara créditos al señor ALBENIS AGUILERA GAITÁN en su condición de representante legal de G.A.G. LTDA. Por \$180.000.000,00 m/cte.
- e) Convino el contrato fiduciario en garantizar obligaciones hasta por el sesenta por ciento (60%) del avalúo comercial que dista de lo expresado en los certificados fiduciarios.

- f) La etapa de ejecución de la garantía se demoró, debido a las anteriores inconsistencias, un término superior al pactado. En el contrato fiduciario se convino que el procedimiento de venta de los bienes fideicomitados no sería superior a 120 días, y a pesar de que el demandante solicitó la ejecución de la garantía desde el 18 de febrero de 1997 se obtuvo el pago parcial de las obligaciones garantizadas solo hasta el 8 de julio de 1999.

Adicionalmente, y por el comportamiento negligente que se endilga a la demandada, la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Fusagasugá –Coacrédito- En Liquidación, tuvo que iniciar un proceso ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria para recaudar la obligación.

Conforme a la última liquidación del crédito aprobada por el Juzgado 20 Civil del Circuito donde se adelanta la ejecución, el valor adeudado es de \$560.229.856,77 m/cte, descontando el valor de la dación en pago ya realizada; y por concepto de costas, la suma asciende a \$44.037.300,00 M/cte. Sumas todas que constituyen el valor del daño emergente que solicita sea reconocido con esta demanda a cargo de la Fiduciaria demandada.

Como lucro cesante, solicitó la parte actora, el valor de la actualización del dinero y los intereses que con las sumas anteriores se han generado de conformidad con las disposiciones de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, en concordancia con el artículo 884 del Código de Comercio.

Se agotó el requisito de conciliación prejudicial y por medio de auto del 4 de septiembre de 2003 el Tribunal de Arbitramento convocado por las partes, las dejó en libertad de acudir a la Jurisdicción Ordinaria.

3. Admitida la demanda, se dispuso su notificación a la Fiduciaria demandada la que concurrió al proceso por intermedio de apoderada judicial, teniéndose notificada por conducta concluyente. Propuso la excepción perentoria de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR A CARGO DE LA FIDUCIARIA DEMANDADA POR CUMPLIMIENTO CABAL DEL CONTRATO DE FIDUCIA EN GARANTÍA Y COMODATO, la cual prosperó en la sentencia que ahora se cuestiona.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

En síntesis se fundamentó la sentencia de primer grado en los siguientes supuestos:

Determinó que el problema jurídico a resolver no fue otro que el de incumplimiento de una relación contractual con la consecuente indemnización de perjuicio. Verificado el contrato de fiducia así como la expedición del certificado de garantía que compromete la fiducia por el monto del capital garantizado entró a analizar el comportamiento del valor de los inmuebles para el año de 1996 hasta el 2005, fecha de su realización para concluir que la demandada no incumplió sus obligaciones pues al momento de la constitución de la fiducia el avalúo de los bienes correspondía a su valor comercial y el hecho de que por el movimiento inmobiliario hubiesen posteriormente, bajado de precio, es una circunstancia no atribuible a la demandada.

Improbado así el incumplimiento, denegó las pretensiones de la demanda.

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACION

Inconforme con el fallo de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Civil del Circuito de Bogotá el día 19 de diciembre 2007 en el proceso referenciado.

En resumen la inconformidad del recurrente se sustentó en:

Que las súplicas de la demanda fueron dirigidas a que se declarara la responsabilidad patrimonial de la fiduciaria demandada porque la demandada incumplió sus obligaciones dentro del contrato de fiducia, y por lo tanto le causó un perjuicio de \$560.229.856,75 a título de daño emergente, las costas y los intereses moratorios.

Que al haber expedido un certificado de garantía la demandante otorgó un préstamo a ALBENIS AGUILERA GAITÁN, suma que éste no canceló y por ende tuvo que iniciar la respectiva ejecución con base en el título quirografario extendido. A su turno, deprecó la realización del fideicomiso mediante el cual solo se obtuvo la dación en pago parcial del 79.70% de los predios fideicomitidos en suma que no cubrió el valor total de la acreencia.

Que por lo anterior todavía cursa un proceso ejecutivo en el Juzgado 20 Civil de Circuito cuyo recaudo ya asciende por capital a la suma de \$560.229.856.75 m/cte más \$44.037.300,00 m/cte.

Afirmó que las fiduciarias por su origen legal, son entes jurídicos especializados y autorizados para realizar este tipo de producto financiero, entonces la profesionalización de estas entidades

es de tales características que deben garantizar la credibilidad y confianza que la ley les ha otorgado y asumir su ejercicio con la prudencia y equilibrio del buen hombre de negocios.

Que, la Fiduciaria demandada ni siquiera visitó el predio para constituir el patrimonio y menos aún constató que el avalúo presentado reflejara el valor real.

Que así mismo, la dilación en el proceso de ejecución de la garantía no obedeció a hechos de la cooperativa beneficiaria ni del fideicomitente, sino a la insistencia de la fiduciaria de colocarse a paz y salvo, es decir que la fiduciaria ya preveía su responsabilidad y quería liberarse de la misma presionándola con la firma de la dación en pago.

La conducta desplegada por la demandada enmarca dentro de los lineamientos del Art. 63 del C. C., el cual expresa “es falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean en sus propios negocios”.

Que lastimosamente la Juez de primer grado no analizó fehacientemente los medios de prueba allegados al plenario. Pasó inadvertido que de acuerdo con el dictamen pericial el precio de los bienes que se entregaban en fideicomiso no correspondía al valor que indicaban los avalúos efectuados a petición del fideicomitente.

Quedó plenamente acreditado que el valor real de los bienes no era la suma de \$308.350.000,00 m/cte, y que finalmente al realizar la garantía fiduciaria que tenía la Cooperativa dejó de percibir la suma de \$560.229.856,75 m/cte pues el crédito desbordó dicho guarismo y la fiduciaria transgredió así el tope del 60% del valor fijado

a los bienes fideicomitidos, pues se expidió una garantía por \$200.000.000,00 cuando no podía hacerlo por mas allá de la suma de \$185.010.000,00 y por lo tanto al haber expedido mas certificados de garantía se desconoció la prohibición del literal d) de la cláusula sexta del contrato de fiducia contenido en la Escritura Pública No. 0475 del 26 de febrero de 1996 en la Notaria 22 de esta ciudad.

Argumenta además que con dicho avalúo se indujo en error a la cooperativa demandante porque se hizo tener en cuenta una cifra superior para prestar una suma de dinero que no estaba garantizada.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el presente asunto teniendo en cuenta que se encuentran reunidos todos los presupuestos procesales, y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

Se referirá primeramente la Sala a la legitimación encausa por pasiva para afirmar que la demanda estuvo bien presentada contra Fiduciaria Tequendama S. A., en tanto que mal hubiera sido el demandar al patrimonio autónomo.

En efecto, las reclamaciones que eventualmente deba formular el fideicomitente o el beneficiario al patrimonio autónomo, que cuestionen la gestión realizada por la sociedad fiduciaria y comprometan su responsabilidad solo pueden dirigirse contra la sociedad, que no contra el patrimonio autónomo. Lo contrario significaría desconocer las normas que sobre responsabilidad del fiduciario consagra el artículo 1243 del C. de Co.

Y es que “si en una demanda de esta naturaleza solo pudiera llamarse al fiduciario como vocero del patrimonio autónomo, ello significaría que en el evento de resultar probada su negligencia en la gestión, la responsabilidad patrimonial no recaería en el fiduciario sino en el patrimonio autónomo tergiversándose el alcance del artículo 1243 del Código de Comercio. Por el camino que propone el apoderado de la sociedad fiduciaria demandada simultáneamente se llega a un absurdo y a una paradoja: el primero, consistente en que el causante del daño dejaría de responder, por el simple hecho de ser titular del patrimonio autónomo que administró indebidamente; y la segunda, en que el interesado en exigir la responsabilidad, en caso de salir victorioso en sus pretensiones, resultaría perjudicado porque el pago de la indemnización afectaría el patrimonio autónomo, el que terminaría doblemente disminuido: en una primera ocasión, a causa de los desaciertos del fiduciario, y en una segunda oportunidad, por razón de tener que atender la condena impuesta en la sentencia.” ¹

Como en el caso concreto se cuestiona el incumplimiento de la fiduciaria de las obligaciones derivadas del contrato de fiducia, se concluye que ésta debe responder por pasiva por los cargos que se le formulan en la demanda.

Ahora bien, en punto a la legitimación en causa por activa, procede analizar si el demandante en su condición de acreedor- beneficiario es parte en el contrato de fiducia y si esa legitimación se encuentra o no limitada por la ley.

Sobre el punto de si el beneficiario es parte en el contrato de fiducia ha sostenido la doctrina que: “El beneficiario, quien

¹ Laudo de 14 de octubre de 1993 del tribunal de Arbitramento de Bloch Niño y Cía contra Fiduciaria Colmen citado por José Alejandro Bonivento en . Los principales contratos civiles y Comerciales.

dicho sea de paso, en tanto se trate de un tercero distinto del fideicomitente, no es estrictamente parte en el negocio, pues no es necesaria su concurrencia al acuerdo de voluntades ligado a la formación del vínculo jurídico, siendo inclusive posible que el fideicomisario no exista al tiempo de la constitución de la fiducia mercantil (art. 1230), únicamente por convención asume obligaciones, pues la ley no establece obligación alguna a su cargo.”

“Sin perjuicio de lo anterior. El beneficiario puede considerarse parte del negocio jurídico que nos ocupa en tanto la ley y el contrato establezcan a su favor derechos correlativos a esa calidad, como son, por ejemplo: “los de percibir durante la vigencia del fideicomiso rentas derivadas de la administración de los bienes, o recibirlos a la terminación del negocio, así como los derechos señalados en los arts. 1.231, 1.235 y 1.239 del estatuto Mercantil.” ²

Tal y como se sostuviera en el laudo arbitral de Leasing Mundial S. A. contra Fiduciaria FES el acreedor beneficiario sí es parte en el contrato de fiducia, posición que tiene su sustento a través de la figura jurídica de la estipulación para otro consagrada en el artículo 1506 del Código Civil que consagra que “ cualquiera puede estipular a favor de una tercero persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”.

Por ello una vez que el acreedor beneficiario acepte y reciba el certificado de garantía sus derechos se tienen por

² Juan Carlos Varón Palomino en Nociones fundamentales de fiducia. Asociación de fiduciarias. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.

consolidados y se entiende que el acreedor manifiesta su anuencia en relación con el contenido del contrato y por tanto con los bienes objeto de garantía así como con su avalúo.

Obra al proceso copia del certificado de garantía expedido por la fiduciaria Fiducolombia S. A., en el cual ésta certifica que Coacrédito es beneficiario del patrimonio autónomo hasta por la cuantía de \$200.000.000.00. El certificado está expedido por el representante legal y aceptado por Coacrédito. (Fl. 44 C1)

Ahora bien, el artículo 1235 del C. de Co señala los derechos que tiene el beneficiario, entre los que se encuentran además de los concedidos en el acto constitutivo de la fiducia el de exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas.

En el caso concreto el actor demanda que se declare que la fiduciaria incumplió el contrato y que como consecuencia de ello se ordene el pago de unas sumas de dinero, de donde se infiere que está plenamente acreditada su legitimación en causa por activa.

Definida la legitimación de las partes involucradas en juicio procede resolver en punto a la presunta responsabilidad que el actor endilga a la demandada.

Una de las conductas que la actora reprocha a la fiduciaria es el haber actuado con descuido y negligencia en la determinación del avalúo del bien fideicomitado, asunto que abordará la sala por ser tema central para la decisión del caso litigado.

El artículo 1234 del C. de Comercio señala cuáles son los deberes indelegables del fiduciario entre los que se encuentran el deber de diligencia para la consecución de la finalidad de la fiducia.

Da cuenta la escritura pública 475 de febrero 26 de 1996 que entre Albenis Aguilera Gaitán y Fiduciaria Tequendama S. A se celebró un contrato de fiducia mercantil de garantía, negocio jurídico mediante el cual se transfirieron los inmuebles distinguidos con los números de matrícula inmobiliaria 166-0030079 y 166-0042525 a la entidad fiduciaria con el objeto constituir un patrimonio autónomo que garantice y sirva de fuente de pago a las obligaciones contraídas por el patrimonio autónomo, por el fideicomitente o por terceros, que éste autorice. Cláusula primera. (fl. 24 vto C1)

Para que se cumpliera tal finalidad era necesario entonces que la fiduciaria comprobara el valor del bien fideicomitado y su razonabilidad “pues de él depende, en gran medida, la efectividad de los créditos garantizados, toda vez que el otorgamiento de los mismos estará en buena parte basado en la suficiencia del respaldo que ofrezca el patrimonio autónomo creado para responder en caso de que el obligado principal no lo haga.”³

Así las cosas, la verificación del valor de los bienes fideicomitados es una obligación principal tratándose de la fiduciaria, obligación que adquiere gran relevancia dado el carácter de profesional de la demandada a quien acorde con la doctrina más aceptada se le aplican las normas que disciplinan la responsabilidad civil de los profesionales, las reglas propias de las obligaciones de medio y el principio consagrado en el artículo 1243 del C. de Co. según

³ Laudo del 26 de agosto de 1997 del tribunal de arbitramento de Leasing Mundial contra Fiduciaria FES SA. Tomado de los principales contratos civiles y comerciales de José Alejandro Bonivento Fernández.

el cual el fiduciario responde hasta de culpa leve en el cumplimiento de su gestión.

Es por eso que el fiduciario debe analizar razonablemente la naturaleza de los bienes y su valor en orden a respaldar efectivamente una obligación. Para ello el fiduciario debe tener en cuenta un avalúo realizado por un profesional en la materia calificado como idóneo. Este es un aspecto muy importante porque de la correcta valoración de los bienes depende en grado alto, que si se ejecuta la garantía los bienes permitan satisfacer las obligaciones garantizadas. “De ahí la acuciosidad y diligencia que en este tema debe mostrar el fiduciario porque con sus manifestaciones, hechas en los mencionados certificados, respecto del valor de la garantía, crea un clima de confianza y credibilidad en el que puede razonablemente apoyarse la comunidad comercial, en virtud, principalmente, del carácter profesional de las fiduciarias, de ser entidades del sector financiero, a las que el estado les permite intervenir en gestiones de confianza y por encontrarse vigiladas por la (*)Superintendencia Bancaria, como lo pregonan en su publicidad institucional.”⁴

En ese orden de ideas, el experto evaluador debe ser un profesional en la materia preferiblemente escogido por el fiduciario con la diligencia y prudencia que su cargo le imponen “ pues ha de saberse que en el caso de las fiducias de garantía no resulta conveniente ni prudente estarse a los avalúos presentados por el constituyente” porque “dadas las finalidades de los negocios de fiducia de garantía, es razonable suponer que el cliente constituyente aspire a que el bien se avalúe al mas alto precio ya que del mismo dependerá el crédito eventual que pueda obtener del sistema financiero o de terceros.” “Y, justamente, una actitud de un profesional prudente y

⁴ Ibídem

avisado como es el fiduciario no puede dejar pasar desapercibido este aspecto, que lo obliga de entrada y frente a su propio cliente, a tomar los recaudos y precauciones enderezados a evitar que éste le presente un avalúo cuyo precio sea acomodaticiamamente elevado.”⁵

El primer cargo de responsabilidad que se le hace a la fiduciaria es que ésta aceptó sin ningún reparo el avalúo aportado por el fideicomitente y realizado por Cáceres y Ferro en el que se daba a los bienes un valor de \$308.350.000.00 muy diferente al valor de los avalúos catastrales protocolizados con la escritura contentiva del contrato de fiducia. .

Sea lo primero advertir que en la escritura 475 del 26 de febrero de 1996 por medio de la cual se documentó el contrato de fiducia mercantil se dejó constancia en la cláusula vigésima primera de que el valor de los bienes transferidos era la suma de ciento cincuenta y cuatro millones ciento setenta y cinco mil pesos (\$ 154.175.000.00) y se protocolizaron junto con ella los avalúos catastrales de los inmuebles siendo el del inmueble denominado el Recuerdo de \$6.817.000.00 y el del inmueble Valparaíso de \$ 12.800.000.00.

Se aportó al proceso copia del avalúo efectuado en a petición del fideicomitente en febrero de 1996 según el cual los bienes tenían un valor para la fecha de \$308.350.000.00. Igualmente se aportó un segundo avalúo realizado a petición del fideicomitente y por la misma firma en el que a junio de 1996 los bienes valían \$ 422.880.000.00 .

Obra también al proceso copia autenticada del certificado de garantía fiduciaria número dos expedido el 21 de noviembre de

⁵ Sergio Rodríguez Azuero. Negocios fiduciarios.

1996 por un valor hasta de doscientos millones de pesos en el que aparece como beneficiario Coacrédito.

Consta en el certificado que el beneficiario conoce y acepta los términos del contrato de fiducia mercantil al igual que el avalúo comercial efectuado por la firma Cáceres y Ferro el día 16 de febrero de 1996, y según el cual el valor de los bienes era de \$ 422.880.000.00.

También obra al proceso avalúo corporativo efectuado a petición de la Fiduciaria de fecha 16 de diciembre de 1997 en el que se da al inmueble denominado el Paraíso un valor comercial de \$105.361.560.00 y al Recuerdo de \$63.704.940.00 para un total de \$169.066.500.00 (fl. 209 C1), y un avalúo efectuado también en septiembre de 1997 a petición de la Fiduciaria por la firma Soto Sinesterra en el que se da al inmueble denominado el Recuerdo un avalúo de \$ 36.000.000.00 y al bien Valparaíso de \$ 90.000.000.00 para un total de \$ 126.000.000,00 (fl 255 c1) .

Se practicó también dictamen pericial que da cuenta de la enorme diferencia del valor dado a los bienes en los avalúos practicados por la firma Cáceres y Ferro S. A. y el avalúo catastral de los mismos. (fl. 417 C1). Este dictamen fue objetado, sin embargo, frente a este punto específico no se probó objeción alguna, por lo que así habrá de disponerse.

De lo anterior se puede concluir:

- a) El certificado de garantía fue expedido con base en el avalúo presentado a petición del fideicomitente en junio de 1996 en el que se dio a los bienes un valor de \$422.880.000.00, valor

que dista en \$114.530.000.00 del precio señalado en el avalúo rendido por la misma firma tan solo cuatro meses antes por \$308.350.000.00.}

- b) Los avalúos en mención fueron rendidos a petición del fideicomitente, sin que haya prueba alguna de que la fiduciaria hubiera participado en su escogencia con la prudencia y diligencia que el cargo le impone.
- c) Estos avalúos distan enormemente del valor catastral de los bienes y del valor mismo que las partes al constituir el contrato de fiducia mercantil le dieron a los mismos. Igualmente difieren de manera notable con los dos avalúos practicados a petición de la fiduciaria en septiembre y diciembre de 1997, un año y tres meses después de aquellos.
- d) Esos cambios en el valor de los bienes no aparece con justificación alguna en el expediente, y permiten concluir que la fiduciaria actuó con imprudencia al aceptar los avalúos practicados a petición del fideicomitente, los que estaban elevados en relación con el valor real de los bienes.
- e) El expedir el certificado de garantía fiduciaria con base en el segundo avalúo efectuado y que arroja una diferencia de más de cien millones de pesos en relación con el primero practicado solo unos meses antes muestra ligereza, desidia, y falta de profesionalismo por parte de la fiduciaria.

En ese orden de cosas, ha de concluirse que la Fiduciaria no actuó con diligencia y prudencia al momento de

determinar el valor de los bienes fideicomitidos por lo que conviene precisar si esa culpa en su actuar originó algún daño frente al beneficiario demandante que deba ser indemnizado.

Vale la pena advertir que en el contrato de fiducia se pactó en la cláusula quinta que serían beneficiarios “EL FIDEICOMITENTE y los acreedores que aparezcan inscritos en el registro que para tal efecto llevará EL FIDUCIARIO, por el monto del saldo de las obligaciones que al momento del incumplimiento consten en el título de deuda y hasta por el valor señalado en el Certificado de Registro de Garantía; lo anterior hasta la concurrencia del precio de venta del bien fideicomitado sin perjuicio de lo señalado en el Orden de Prelación de pagos respecto al cubrimiento de intereses.”

Da cuenta la escritura contentiva de la dación en pago N. 01717 de 8 de julio de 1999 que el fideicomitente y los acreedores del fideicomiso acordaron por unanimidad que los bienes se recibieran por el valor de \$ 118.154.250.00 equivalente al 75% del valor total de los bienes que era la suma de \$157.539.000.00, que la dación en pago a favor de Coacrédito se hacía por la suma de \$94.168.937.25 suma que se abonó a la obligación del fideicomitente la cual a 25 de noviembre ascendía a \$374.040.000.00 y cuyo saldo insoluto quedara después de la dación en la suma de \$ 282.156.781.75.

Para la sala el daño sufrido por la demandante equivale a la diferencia entre lo que recibió como pago parcial y el valor por el cual se expidió el certificado de garantía suma que arroja un valor de \$105.831.070.00 y que debe ser cancelada por la fiduciaria a la demandante junto con su corrección monetaria teniendo en cuenta el IPC e intereses civiles desde el 8 de julio de 1999(fecha de la dación parcial en pago) hasta el momento en que se realice el pago.

Finalmente debe decir la sala que las excepciones están llamadas al fracaso, pues independientemente de la forma como fuera concebido el crédito y las personas a quienes se hiciera el desembolso, y sin dejar de lado que el acreedor define si acepta o no la garantía, ésta se le expidió por la suma de \$ 200.000.000.00 teniendo en cuenta un avalúo que no correspondía al valor comercial de los bienes fideicomitidos.

Pone de presente la sala que de las pruebas recaudadas en la inspección judicial se puede concluir que la solicitud de crédito del fideicomitente fue sometida a los trámites usuales, y que la demandante sí concedió el crédito e hizo el desembolso correspondiente en razón de contar con un respaldo adecuado, representado por el certificado de garantía fiduciaria que sería emitido por la Fiduciaria en desarrollo del Fideicomiso.

Pero aun en el caso de que el comportamiento de Coacrédito fuese configurativo de culpa, habrá de decirse que dicha culpa no tuvo ninguna injerencia, ni participación, en la generación del daño cuya reparación se demanda en este proceso, pues, en otras palabras, dicho comportamiento errado no contribuyó a la causación del mencionado perjuicio.

En efecto, Coacrédito recaudó la información usual y adelantó los análisis y evaluaciones normales y corrientes para el otorgamiento de créditos, a mas que al recibir el certificado de garantía expedido por la fiduciaria, profesional experta en el negocio fiduciario, podía razonablemente confiar en lo expresado en el certificado y otorgarle credibilidad a esa imagen de legitimidad comercial que le ofrecía un profesional, del cual no tenía ninguna razón

para mirar con escepticismo ni para poner en tela de juicio sus manifestaciones.

Por ello, aunque en el certificado aceptó expresamente el segundo avalúo no estaba obligada a rehacer estudios de títulos, ni avalúos, ni llamada a constatar la tradición del inmueble fideicomitido, pues si bien le era posible adelantar estas labores, el tribunal entiende que dadas las circunstancias, la reelaboración de las mencionadas tareas excedía la diligencia normal que razonablemente podría exigírsele, toda vez que otra entidad experta y profesional le aseguró —con el texto del certificado— haberlas ya efectuado.

No hay por ende reproche qué formularle a la actora. En conclusión, a juicio del tribunal, Coacrédito no incurrió en los errores de conducta que le endilga la demandada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., en Sala Civil de decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:**

1. Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4) Civil del Circuito de esta ciudad el 19 de diciembre de 2007.

2. Declarar que la Fiduciaria Tequendama S. A., incumplió sus obligaciones de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

3. Declarar que como consecuencia de ello causó un daño a Coacrédito que debe ser indemnizado.

4. Condenar a Fiduciaria Tequendama S. A., a cancelar dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a Coacrédito la suma de ciento cinco millones ochocientos treinta y un mil setenta pesos (\$ 105.831.070.00) junto con corrección monetaria teniendo en cuenta el IPC e intereses a la tasa del 6% anual desde el 8 de julio de 1999 hasta el día en que efectúe el pago.

5. Negar la demás pretensiones de la demanda.

6. Negar las excepciones propuestas por la demandada.

7. Negar la objeción por error grave del dictamen pericial

8. Costas a cargo de la demanda. Tásense las de esta instancia.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

LIANA AIDA LIZARAZO V.
Magistrada

CLARA INES MARQUEZ B
Magistrada

LUZ MAGDALENA MOJICA R.
Magistrada