

## Laudo Arbitral

Fiduciaria Cafetera S.A. —Fiducafé S.A.— como vocera y representante legal del Fideicomiso N° 3-1-0321 “Fideicomiso: Almadelco - liquidación”

v.

Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN

Junio 7 de 2004

Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil cuatro (2004).

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por Fiduciaria Cafetera S.A. —Fiducafé S.A.— como vocera y representante legal del Fideicomiso N° 3-1-0321 “Fideicomiso: Almadelco - liquidación”, en contra de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares.

### I. Antecedentes

#### 1. Trámite del proceso.

1.1. El día 8 de septiembre de 2003 Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., como vocera y representante legal del fideicomiso 3-1-0321 “Fideicomiso: Almadelco - liquidación” le solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la convocatoria de un tribunal de arbitramento y demandó a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, con fundamento en la cláusula décima del “contrato de depósito de mercancías celebrado entre la Nación - Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y Almadelco S.A. código 078-98” suscrito el 29 de diciembre de 1998 (fl. 121), que dice:

**“Cláusula décima: cláusula compromisoria:** las partes acuerdan que, en caso de diferencias que puedan surgir de este contrato, buscarán solucionarlas directamente entre ellas. Si el arreglo directo no fuere posible, se acudirá ante el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá que designará el árbitro para el tribunal de arbitramento. Dicho tribunal funcionará bajo el reglamento que para tal efecto tenga dicha cámara”.

Para precisar la posición de la parte convocante frente al contrato objeto de litis el tribunal verificó que en el expediente, a folios 1 y ss. del cuaderno de pruebas 1, obra copia del contrato de fiducia mercantil de administración 3-1-0321 celebrado el 19 de abril de 2000 entre Almacenes Generales de Depósito Almadelco S.A. (en liquidación) y Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., por el cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado Fideicomiso: Almadelco-liquidación, del cual Fiducafé S.A. es su vocera y representante legal.

1.2. Para dar cumplimiento a lo pactado en la cláusula compromisoria sobre la integración del tribunal, el centro de arbitraje en sorteo público realizado el 7 de octubre de 2003 designó al doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora como árbitro único para integrar este tribunal, quien informado de su designación por el director del centro de arbitraje manifestó su aceptación oportunamente.

1.3. El centro de arbitraje citó a las partes para la audiencia de instalación, la cual se inició el 27 de noviembre de 2003 y finalizó el 9 de diciembre siguiente; en ella se fijó como sede del tribunal las oficinas del mismo centro y se designó como secretaria a la doctora Florencia Lozano Revéz, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión ante el presidente.

Durante la audiencia de instalación el árbitro único señaló las sumas de honorarios de los miembros del tribunal, así como la partida de gastos de funcionamiento, que dentro de la oportunidad legal las partes pagaron en la proporción correspondiente.

1.4. El tribunal admitió la demanda en audiencia de 28 de enero de 2004 y ordenó correr traslado de la misma a la

convocada. En esa misma oportunidad cambió la sede de la secretaría del tribunal a las oficinas de la secretaria (acta 4 fls. 64 a 68 cdno. ppal.) Dicha providencia fue notificada en esa misma audiencia a la apoderada de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, quien con escrito de 9 de febrero siguiente contestó la demanda, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas. De las excepciones propuestas se corrió traslado y con memorial de 17 de febrero de 2004 la parte convocante solicitó pruebas adicionales.

1.5. El 18 de febrero de 2004 se realizó la primera audiencia de trámite y en ella, conforme a lo ordenado por la ley, se leyó el documento contentivo de la cláusula compromisoria, las pretensiones de la demanda y la cuantía de las mismas. En esa oportunidad el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas a su consideración, fijó el término de duración del proceso arbitral en seis meses y decidió sobre las pruebas solicitadas (acta 5, fls. 85 a 92 cdno. ppal.).

1.6. El 2 de marzo de 2004 se realizó la audiencia de conciliación y ante la imposibilidad de un acuerdo entre las partes, el tribunal la declaró fracasada y ordenó continuar con el proceso (acta 6, fls. 111 a 113 cdno. ppal.).

1.7. Durante el trámite el tribunal sesionó en 11 audiencias, en las que practicó las pruebas decretadas. En la audiencia de 21 de abril de 2004 oyó a los apoderados de las partes y al representante del Ministerio Público en sus alegatos de conclusión (acta 10, fls. 176 a 178, cdno. ppal.).

1.8. Conforme a la ley el término de duración de este proceso es de 6 meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite y esta concluyó el 18 de febrero de 2004, por lo cual el tribunal se halla dentro de la oportunidad legal para proferir laudo.

## **2. Presupuestos procesales.**

El tribunal encuentra cumplidos los requisitos legales indispensables para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el tribunal se estableció:

### **2.1. Competencia.**

Conforme se declaró desde la primera audiencia de trámite, el tribunal es competente para conocer y decidir las pretensiones de la demanda con fundamento en la cláusula compromisoria del contrato de depósito de mercancías 078-98 suscrito entre Almadelco S.A. y la DIAN, el cual es el origen de las controversias de las partes.

### **2.2. Partes procesales.**

#### **Parte demandante.**

Es el patrimonio autónomo denominado Fideicomiso: Almadelco - liquidación que es representado por Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil de administración suscrito por esta con Almacenes Generales de Depósito Almadelco S.A. en liquidación el 19 de abril de 2000, contrato distinguido con el N° 3-1-031, cuya copia obra en el cuaderno de pruebas 1 a folios 1 y ss, junto con sus otrosí 1 y 2.

Por su parte, Fiduciaria Cafetera S.A., de conformidad con la certificación de la (\*) Superintendencia Bancaria expedida el 27 de agosto de 2003 que obra a folio 19 del cuaderno principal, es una sociedad anónima de nacionalidad colombiana, sometida a control y vigilancia de dicha superintendencia; fue constituida mediante escritura pública 5587 de septiembre 3 de 1991 de la Notaría 18 de Bogotá y ha sido reformada en varias oportunidades. Tiene su domicilio en esta ciudad y sus representantes legales son el presidente y sus dos suplentes; a la fecha de la certificación el cargo de primer suplente del presidente lo ejerce María Teresa Chavez Vela, quien otorgó poder para incoar esta acción.

#### **Parte demandada.**

Es la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, entidad del orden

nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Tiene su domicilio en Bogotá y su representante legal es el director general, cargo que a la fecha de la demanda ejerce Mario Alejandro Aranguren Rincón, quien otorgó poder para intervenir en este proceso.

En adelante en este laudo el tribunal se referirá a la parte convocante y a la convocada como Fiducafé y la DIAN, respectivamente.

### **2.3. Capacidad.**

La sociedad convocante como la entidad convocada tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre las partes, sometidas a conocimiento y decisión por parte de este tribunal son susceptibles de definirse por transacción.

### **2.4. Apoderados.**

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía las partes comparecen al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados; Fiducafé S.A. por el doctor Ángel Ricardo Vélez Botero y la DIAN por la doctora Diana Janethe Bernal Franco. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente por el tribunal.

### **3. Pretensiones.**

A folios 11 a 13 del cuaderno principal obran las peticiones de la convocante, así:

“1. Pretensiones principales:

1.1. Declarar que entre la Nación representado por el extinto Fondo Rotatorio de Aduanas, sustituido por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, y los Almacenes Generales de Depósito Almadelco S.A., se suscribieron convenios para el depósito de mercancías, el cual se surtió en las bodegas de la almacenadora, para la guarda, conservación, custodia y posterior restitución de mercancías de la depositante DIAN.

1.2. Declarar que el contrato de depósito se halla contenido en los convenios del 9 de septiembre de 1991.

**Segunda adición:** Vigente desde el 9 de febrero de 1993, hasta el 8 de mayo de 1993.

**Tercera adición:** Vigente desde el 9 de mayo de 1993 hasta el 6 de agosto de 1993.

**Cuarta adición:** Vigente desde el 7 de agosto de 1993 hasta el 6 de noviembre de 1993.

**Quinta adición:** Vigente desde el 7 de noviembre de 1993 hasta el 6 de marzo de 1994.

**Sexta adición:** Vigente desde el 7 de marzo de 1994 hasta el 6 de julio de 1994.

**Otrosí N° 1:** Vigente desde el 7 de julio de 1994 hasta el 6 de octubre de 1994.

**Séptima adición:** Vigente desde el 7 de octubre de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1994.

**Octava adición:** Vigente desde el 1° de enero de 1995 hasta el 28 de febrero de 1995.

**Novena adición:** Vigente desde el 1° de marzo de 1995 hasta el 31 de mayo de 1995.

**Décima adición:** Vigente desde el 1° de junio de 1995 hasta el 30 de junio de 1995.

**Décima primera adición:** Vigente desde el 1° de julio de 1995 hasta el 15 de julio de 1995.

**Convenio código 052-95.** Este convenio se suscribió el 24 de julio de 1995, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1995, y se reajustaron las tarifas así:

2.3. Como consecuencia de la declaración anterior solicito que se condene a la Nación representada por la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, a pagarle a la Fiduciaria Cafetera S.A. “Fiducafé”, vocero y representante del patrimonio autónomo fideicomiso Almadelco en liquidación N°

De oficio el tribunal ordenó la práctica de una inspección judicial con exhibición en las bodegas en Bogotá de Almadelco S.A. —hoy Centro de Distribución Múltiple de la Corporación Colombiana de Logística S.A.—, la

cual se realizó el día 30 de abril de 2004 (acta 11, fls. 179 a 181).

## **7. Alegatos de conclusión.**

Los apoderados de las partes y el representante del Ministerio Público presentaron sus alegatos de conclusión en la audiencia que se realizó para tal efecto el día 21 de abril de 2004 —acta 10— y en la misma, luego de sus respectivas intervenciones, entregaron para el expediente los escritos que las contienen. El apoderado de la convocante en su alegato reiteró sus pretensiones iniciales; la apoderada de la convocada se opuso a la demanda y solicitó acoger, por el contrario, las excepciones de mérito formuladas. Por último el Procurador Sexto Judicial Administrativo coincide en su análisis con la posición de la parte convocada en lo que se refiere a la excepción de caducidad propuesta. A dichos alegatos se referirá el tribunal en el análisis de la cuestión a decidir que avoca enseguida.

## **II. Consideraciones del tribunal**

El tribunal procede enseguida a efectuar el estudio de las pretensiones de la demanda y de las excepciones de mérito a la luz de las normas jurídicas aplicables y de las pruebas aportadas al proceso y a dictar el fallo en derecho, para lo cual hace las siguientes consideraciones:

### **1. La cuestión planteada al tribunal.**

La Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé, como vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado “Fideicomiso: Almadelco – liquidación”, demandó a la Nación representada por la DIAN - Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por el incumplimiento de unos pagos derivados del contrato de depósito de mercancías celebrado entre dichas partes. Para efectos de la designación del árbitro el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ante la cual se presentó la solicitud de convocatoria arbitral, pidió al demandante precisar qué cláusula compromisoria sustentaba su petición, en consideración a que existían varios convenios entre dichas partes desde el 9 de septiembre de 1991, que algunos por demás no tenían pactada la cláusula arbitral. Aclaró el demandante que en su solicitud la menc n de los diferentes convenios de bodegaje era “solamente como referencia histórica para precisar cuando se inició la prestación del servicio”, pero que como tenían un año de vigencia, el último que se firmó fue el 078-98 cuya cláusula décima es la que contiene la cláusula compromisoria que sustenta su solicitud de convocatoria.

Esta precisión es de suma importancia porque son las partes de un contrato las que habilitan mediante un acuerdo previo, voluntario y libre, que el conflicto entre ellas se someta a la decisión de un tercero, plural o singular como en el caso *sub judice*, o sea que se sustraiga del conocimiento y decisión de la justicia ordinaria y se acuda al mecanismo del arbitramento para acatar de igual forma lo que decida el tribunal sobre el asunto planteado. De otro lado, son también las partes las que establecen quien y como se designa a los integrantes del tribunal, camino que debe seguirse obligatoriamente so pena de incurrir en una precisa causal de anulación del laudo arbitral.

Revisados los contratos de depósito se observa que el primero que se acompaña como prueba documental es el suscrito entre el Fondo Rotatorio de Aduanas y el Almacén General de Depósito Almadelco S.A. el 9 de septiembre de 1991, adicionado once veces principalmente en lo relativo al plazo del contrato y al valor del mismo hasta el 15 de julio de 1995. Las adiciones fueron acordadas por la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Aduanas Nacionales, DIAN, creada por la Ley 6  de 1992 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 8  del Decreto 1950 de 1992 la DIAN se subrogó en los derechos y obligaciones de los contratos suscritos por el Fondo Rotatorio de Aduanas, entre ellos el celebrado con el Almacén General de Depósito Almadelco S.A. antes mencionado. De manera consecutiva se suscribieron nuevos convenios de depósito de mercancías entre estas partes y el último fue el denominado por ellas como código 078-98 que firmaron el 29 de diciembre de 1998, y que fue adicionado en su plazo hasta el 31 de enero de 2000 el 29 de diciembre de 1999, y luego hasta el 15 de marzo de 2000 el 31 de enero de ese mismo año (fls. 116 y ss. cdno. pbas. 1).

Según se deduce de la consideración del contrato de fiducia mercantil de administración 3-1-0321 de 19 de abril de 2000, celebrado entre Almadelco S.A. y la Fiduciaria Cafetera S.A. Fiducafé (fls. 1 y ss. cdno. pbas. 1), la asamblea general de accionistas de Almadelco, en reunión extraordinaria de 29 de junio y 2 de julio de 1999,

autorizó al gerente liquidador de Almadelco S.A. para constituir un patrimonio autónomo al que se transferirían en propiedad fiduciaria los activos y pasivos de Almadelco que se relacionaron en el antedicho contrato.

Mediante otrosí 2 suscrito el 28 de diciembre de 2000 se adicionó al patrimonio autónomo, entre otras cuentas, con la cartera por cobrar por servicios de almacenaje a los deudores relacionados en el anexo 2, en el cual aparece listada la DIAN con facturas por un valor total de \$ 755'274.196. Esta transferencia final de activos y pasivos de Almadelco S.A. en liquidación a Fiducafé se realizó precisamente porque el 19 de diciembre de 2000 según acta 96 de la asamblea de accionistas de los Almacenes Generales de Depósito Almadelco S.A. se aprobó la cuenta final de liquidación de esta sociedad.

El anterior análisis previo permite ubicar el demandado —la Nación Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales— antes Fondo Rotatorio de Aduanas y al demandante Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé, como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Almadelco liquidación, partes en este proceso arbitral y definir por qué esta última está legitimada para cobrar unos bodegajes por servicios prestados por el Almacén General de Depósito Almadelco S.A.

## **2. Marco normativo de los Almacenes Generales de Depósito.**

El depósito en almacenes generales está sometido a la especial regulación del capítulo II del título VII del libro cuarto del Código de Comercio incorporada a continuación de las normas generales sobre el depósito. Como no tiene definición en estos apartes de la ley comercial, para precisar el tema acude al tribunal a la que trae el artículo 2236 del Código Civil según la cual: “Llábase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie. La cosa depositada se llama también depósito”. Conforme a la misma ley civil, artículo 2237 “El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario”.

Ya en las normas propias de la ley comercial vienen al caso el artículo 1170 del Código de Comercio que establece que “el depósito mercantil es por naturaleza remunerado” y las tarifas correspondientes se fijan en el contrato. El artículo 1172 que prohíbe al depositario dar la cosa depositada a otro “sin el consentimiento del depositante”.

Sobre las normas propias del depósito en almacenes generales, el artículo 1180 del mismo Código de Comercio establece: “El depósito en almacenes generales podrá versar sobre mercancías y productos individualmente especificados; sobre mercancías y productos genéricamente designados, siempre que sean de una calidad homogénea, aceptada y usada en el comercio; sobre mercancías y productos en proceso de transformación o de beneficio; y sobre mercancías y productos que se hallen en tránsito por haber sido remitidos a los almacenes en la forma acostumbrada en el comercio”.

Las siguientes normas de este capítulo regulan lo relativo a la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda sobre las mercancías, cuya aplicación no procede en el caso *sub judice* por el origen de las mercancías depositadas, como se verá más adelante en este laudo.

Con fundamento en la autorización que trae el artículo 1191 *ibídem* según el cual “El Gobierno reglamentará lo dispuesto en este capítulo”, se han expedido múltiples reglamentaciones hoy recogidas en el estatuto orgánico del sistema financiero Decreto 663 de 1993 y en la circular básica jurídica de la (\*) Superintendencia Bancaria, la Circular Externa 007 de 1996.

Según el primero en su artículo 3º los almacenes generales de depósito están clasificados como sociedades de servicios financieros con el carácter de instituciones financieras y sometidas por tanto a la vigilancia y control de la (\*) Superintendencia Bancaria, entidad esta que debe dictar las normas que regulan su actividad.

Al tenor del artículo 33 los almacenes generales de depósito “tienen por objeto el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercancías y de productos de procedencia nacional o extranjera”, principalmente dentro de su objeto y funciones realizan operaciones relativas a las mercancías, expedición de certificados de depósito y bonos de prenda, funciones de intermediación aduanera y operaciones de crédito.

Conforme a la Circular 007 de la (\*) Superintendencia Bancaria en el aparte del capítulo segundo sobre operaciones de los almacenes generales de depósito se establece:

“1.2. Contrato de depósito.

a) Contenido del contrato de depósito. En el contrato de depósito deberá constar

1. Designación del depositante y determinación de su condición.
2. Lugar del depósito.
3. Una descripción pormenorizada de las mismas, con todos los datos necesarios para su identificación o la precisión en su caso, de que se trata de mercancías a granel o genéricamente designadas, así mismo la indicación de su estado aparente.
4. Plazo del depósito.
5. Tarifas por concepto de almacenaje y demás prestaciones a que tenga derecho el almacén.
6. Valor de las mercancías, y
7. Las demás estipulaciones que sean compatibles con la naturaleza y el régimen del contrato.

b) Constitución de depósitos.

Los Almacenes Generales de Depósito solo pueden recibir mercancías bajo las siguientes modalidades.

**1. Depósito provisional.** Este se origina con la entrada parcial de mercancías, hasta completar el total anunciado por el cliente, con el cual se constituye el depósito simple.

**2. Depósito simple y/o consignación.** Se constituye una vez haya entrado la totalidad de la mercancía anunciada. Para este depósito se expedirán recibos que no son negociables.

**3. Depósito con obligación prendaria.** Sobre las mercancías de un depósito simple puede constituirse un depósito con obligación prendaria.

**4. Depósitos de mercancías sobre las cuales se haya pactado retención a favor de terceros.** Cuando las leyes reconozcan la retención o cuando haya sido expresamente estipulada en los términos establecidos en el artículo 2417 del Código Civil.

**5. Depósito con certificado.** Es el depósito por el cual los interesados han solicitado la emisión de certificados de depósito.

**6. Depósitos con certificado y bono de prenda.** Es el depósito sobre el cual los interesados han solicitado la expedición de certificados de depósito y han emitido bono de prenda para incorporar un crédito.

En guarda de sus intereses y los de terceros, el almacén se cerciorará, en lo posible, sobre la propiedad de las mercancías.

**c) Valor de mercancías a depositar.** El avalúo de las mercancías deberá efectuarse de común acuerdo entre el almacén y el cliente, teniendo en cuenta las facturas y su valor comercial.

(...).

El almacén responderá por el valor fijado a las mercancías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del estatuto orgánico del sistema financiero”.

Como ya se explicó, siendo los Almacenes Generales de Depósito sociedades de servicios financieros sometidas a la inspección y vigilancia de la (\*) Superintendencia Bancaria, están obligados a acatar y cumplir todas las



disposiciones que esta expida mediante resoluciones o circulares de carácter general, y en particular las precisas instrucciones que para casos especiales le imparta a un determinado almacén de depósito. El tribunal se referirá a las pertinentes.

Para el caso en estudio que se refiere a mercancías aprehendidas o decomisadas por la DIAN, o abandonadas a favor de esta, y especialmente a sus costos por concepto de bodegaje, son aplicables también las normas contenidas en el título XVI artículo 522 y ss. del Decreto 2685 de 1999 que trae la regulación sobre legislación aduanera. Y las definiciones de los artículos 443 y 444 del mismo estatuto sobre depósito de mercancía y almacenamiento, según las cuales:

“ART. 443.—Depósito de mercancías. Es el proceso mediante el cual la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cumplido el hecho legal de la aprehensión o el abandono, ingresa las mercancías a depósitos, con el fin de garantizar la guarda, custodia, conservación y oportuna restitución o pago de las mismas.

PAR.—Los administradores locales, especiales y delegados deberán adoptar las medidas a que halla lugar, con el fin de garantizar el buen estado y conservación de las mercancías aprehendidas, decomisadas y abandonadas a favor de la Nación, desde el momento de la ocurrencia del hecho legal, hasta su retiro definitivo.

ART. 444.—Almacenamiento. Se entiende por almacenamiento, el conjunto de actividades de un proceso orientadas a la situación, ordenamiento, protección y expedición de mercancías, tendientes a garantizar la guarda, custodia, conservación y posterior restitución o pago de las mismas...”.

Y finalmente, como lo dice expresamente el contrato 078-98 en su cláusula décima séptima “El presente contrato se regirá por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 106 de la Ley 6ª de 1992 en concordancia con el Decreto 509 de 1994”, normas cuyo alcance fijará el tribunal para la decisión que ha de tomar.

### **3. Análisis del contrato 078-98.**

El contrato cuya cláusula compromisoria ha servido de base a este tribunal de arbitramento se denominó por las partes “contrato de depósito de mercancías celebrado entre la Nación —Unidad Administrativa Especial— Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y Almadelco S.A. código 078-98”, fue suscrito el 9 de diciembre de 1998, adicionado el 29 de diciembre de 1999 y con una segunda adición del 31 de enero de 2000.

Su objeto plasmado en la cláusula primera “es el depósito, custodia, conservación y oportuna restitución de las mercancías ingresadas a la almacenadora” por varias causas:

1. Las decomisadas —entre otras— por las autoridades aduaneras.
2. Las abandonadas a favor de la Nación.
3. Las recibidas por convenios anteriores.
4. Las trasladadas a sus bodegas previa autorización de la DIAN.

Dentro de las obligaciones de la almacenadora pactadas en la cláusula tercera hay unas generales, como la del numeral 16 según la cual cada mes debe presentar a la DIAN una relación de depósitos con número de documentos de ingreso DIM, valor base facturación, tarifa del bodegaje, período facturado, valor total facturado, con la copia del DIM si es primera vez, o del documento de egreso y el cumplimiento del administrador de la DIAN. Se pactan igualmente en esta cláusula las obligaciones de la almacenadora en cuanto al ingreso y el egreso de las mercancías que prevén en general la necesidad de que se identifiquen al ingresar, y de tener inventarios detallados de las mercancías depositadas, de manera que se descarguen adecuadamente al retiro de dichas mercancías. Se pacta como obligación expresa de la almacenadora asegurar las mercancías contra incendio, rayo, terremoto o inundación.

En cuanto a duración del contrato, en la cláusula quinta se pactó un año, adicionado inicialmente hasta el 31 de enero de 2000 y por segunda adición hasta el 15 marzo de 2000.

La forma de pago acordada en la cláusula octava establece que las facturas se pagarán dentro de los 30 días siguientes a la fecha de presentación y que si ello no se hace se reconocerán intereses moratorios a la tasa más alta autorizada por la (\*) Superintendencia Bancaria.

También conforme a la cláusula octava del contrato, además de tenerse que pagar los servicios de bodegaje, se deben atender los gastos extraordinarios que hayan sido previamente autorizados y se encuentren debidamente soportados.

En las cláusulas finales se exige como requisito de perfeccionamiento y ejecución el registro presupuestal y además del pago del timbre nacional la publicación en el Diario Único de Contratación Pública, para terminar estableciendo que el contrato se rige “por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 106 de la Ley 6ª de 1992 en concordancia con el Decreto 509 de 1994”, como antes se advirtió.

#### **4. Análisis probatorio.**

##### **3.1.(sic) Hechos que aparecen probados.**

Sobre los 13 primeros hechos de la demanda que se relacionan con la suscripción del contrato inicial en 1991, sus prórrogas y adiciones, su objeto, remuneración, forma de cobro de los servicios, nuevos contratos hasta llegar al 078-98 y sus adiciones, no hay divergencias entre las partes en este proceso arbitral y la DIAN los acepta como ciertos.

##### **3.2.(sic) Convenio Almadelco – Almagrario, cartas y declaraciones.**

Los hechos que enfrentan a las partes son los relacionados con la suscripción del denominado “Convenio celebrado entre Almadelco S.A. en liquidación y Almagrario S.A. para la entrega y recepción de las mercancías depositadas en Almadelco S.A. en liquidación en virtud del contrato de almacenamiento suscrito con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales” (fl. 30 y ss. cdno. pbas. 1), de fecha 20 de diciembre de 2000 que se convino a raíz de la liquidación de Almadelco S.A. La demandante afirma que la DIAN intervino en la discusión y acuerdo de varias cláusulas del contrato y en especial que impuso la relativa al pacto de no iniciar la conciliación de la cartera por bodegajes a cargo de la DIAN mientras no se terminara el inventario detallado de las mercancías. También afirma que aceptó que el valor de los faltantes de mercancías en sus bodegas se descontarían en la conciliación prejudicial, ambos asuntos regulados por la cláusula sexta de este último contrato, a cuyo tenor:

“Almadelco se compromete a no iniciar la conciliación de la cartera por bodegajes a cargo de la DIAN, hasta tanto no se termine el inventario detallado de las mercancías, de que trata la cláusula segunda. Determinado el faltante, Almadelco S.A. en liquidación, de antemano acepta de manera irrevocable que dicha suma sea descontada en la audiencia de conciliación prejudicial que lleve a cabo con la DIAN”.

Por su parte la apoderada de la DIAN al contestar el hecho 15 de la demanda aclara que:

“Es impreciso hablar de que la DIAN ‘ordenó y expidió’ la suscripción de un convenio, toda vez que los contratos son una manifestación de la autonomía de la voluntad de quienes los suscriben, de otro modo, estarían viciados de nulidad. Así las cosas, resulta claro que el convenio que aquí menciona el demandante fue suscrito voluntariamente por Almadelco S.A. en liquidación y Almagrario S.A.

Con relación al compromiso de no iniciar conciliación prejudicial para efectos de cobrar la cartera que eventualmente resultare a cargo de la DIAN por concepto de pago de bodegajes es necesario precisar que dicho compromiso se adquirió voluntariamente por Almadelco S.A. en liquidación en un convenio suscrito con Almagrario y no con la DIAN”.

De las pruebas documentales allegadas por el apoderado de la convocante al recorrer el traslado de las excepciones de mérito (fl. 1006 y ss. cdno. pbas. 3) el tribunal destaca las siguientes comunicaciones anteriores a la fecha de suscripción del contrato entre Almadelco y Almagrario:

La carta 1678 de septiembre 4 de 2000 de Almagrario a Almadelco que dice:

“Ref: Traslado mercancía Almadelco S.A. - Almagrario S.A.

Con relación al término de la referencia agradezco su colaboración en el sentido de coordinar el traslado de las mercancías que están bajo custodia en Almadelco a nuestra sucursal ubicada en la Carrera 120 N° 26-09 Fontibón San Pablo, según oficio N° 056777 del subsecretario comercial doctor Diego Rengifo García, de la DIAN...”.

La carta N° 001712 de 27 de octubre de 2000 de la DIAN a Almadelco que dice:

“Dando continuidad al proceso de evacuación de las mercancías que bajo responsabilidad de la DIAN se encuentran en esas instalaciones, me permito confirmarle que la almacenadora Almagrario está autorizada para el retiro, transporte e ingreso de las mercancías que cuenten con **documento de ingreso** asumiendo el seguro correspondiente” (resalta el tribunal).

La carta 1334 de 30 de noviembre de 2000 del liquidador de Almadelco a Bancafé que dice:

“Cordialmente le informo que el proceso de retiro por parte de la DIAN de sus mercancías que se encuentran en Almadelco, se está desarrollando con dos frentes de trabajo conformados por funcionarios de la DIAN, Almadelco y Almagrario, el trabajo está avanzando bien sin embargo por la cantidad de mercancías que se debe inventariar una a una en presencia de la tres entidades, alarga su finalización, demorando la liquidación de Almadelco...”.

La carta N° 1350 de 5 de diciembre también del liquidador de Almadelco a Bancafé que dice:

“Cordialmente, solicitamos su valiosa colaboración para que ejecutemos una solución que permita a Almadelco S.A. la entrega a Almagrario, de las mercancías de propiedad de la DIAN, que se encuentran en nuestras instalaciones, para poder realizar en este mes de diciembre la liquidación de Almadelco S.A.

Tal como lo informamos en nuestra comunicación 1334 de noviembre 30 de 2000, dirigida a Bancafé, con copia de ese despacho de la DIAN y Almagrario, el proceso de retiro por parte de la DIAN de sus mercancías, que están en Almadelco, está avanzando bien, pero sin embargo por la cantidad de mercancías que se debe inventariar, alarga su finalización, y es la única causa que ha impedido finalizar la liquidación de Almadelco, generando mayores costos e inconvenientes por no liquidar la sociedad. ...”.

Y finalmente la carta N° 1412 de diciembre 26 de 2000 del gerente liquidador de Almadelco al director de comercialización del DIAN que dice:

“Ref.: Convenio entre Almadelco S.A. en liquidación y Almagrario S.A. para la entrega de las mercancías de la DIAN.

Cordialmente remitimos un ejemplar original del convenio de la referencia firmado entre Almadelco S.A. EN liquidación y Almagrario S.A. para la entrega de las mercancías de propiedad de la DIAN que se encuentran en las instalaciones de Almadelco S.A. en liquidación.

Este convenio tiene incluidas todas las observaciones y recomendaciones (17 en total) efectuadas por la división de comercialización de la DIAN, cuya fotocopia se adjunta.

Así mismo les confirmamos que la asamblea extraordinaria de accionistas de Almadelco S.A. en liquidación, realizada el pasado 19 de diciembre de 2000, tuvo conocimiento de la firma de este convenio que soluciona el único asunto que estaba pendiente para finalizar la liquidación definitiva de la entidad. En consecuencia la mencionada asamblea aprobó por unanimidad la liquidación final de la sociedad y autorizó al gerente liquidador para adelantar los trámites de registro ante la cámara de comercio antes de finalizar el año.

En consecuencia de conformidad con la cláusula segunda del mencionado convenio, Almadelco S.A. en liquidación procederá a descargar las mercancías de la DIAN de nuestro sistema y Almagrario S.A. a su turno elabora el depósito provisional. Las dos operaciones tanto en Almadelco S.A. como en Almagrario S.A. se hacen con la fecha del convenio es decir diciembre 20 de 2000.

Agradecemos su valiosa colaboración que nos brindaron para obtener el texto definitivo del convenio”.

Del análisis del acervo probatorio antes relacionado concluye el tribunal que la DIAN sí intervino de manera activa en la etapa preparatoria del contrato entre Almadelco y Almagrario, lo cual era menester dado que la Resolución 4240 de junio 2 de 2000 de la Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales, que reglamentó el estatuto aduanero —Decreto 2685 de 1999— dispone en el título XIV correspondiente a la administración y control de mercancías aprehendidas, decomisadas y abandonadas, artículo 458 que “los traslados de mercancías se realizarán únicamente con autorización de la subsecretaría comercial y podrán efectuarse entre depósitos, entre ciudades o entre bodegas de un mismo depósito y ciudad ...”.

No podía Almadelco *motu proprio*, así estuviera próxima a su liquidación, disponer de las mercancías que le habían sido confiadas por la DIAN para su almacenamiento. Por ello se inició un proceso de consultas y el jefe de la división de comercialización de la DIAN envió como respuesta a Almadelco la carta de 27 de octubre de 2000 antes transcrita. En resumen, advierte en esta que se pueden trasladar a Almagrario las mercancías que tengan documento de ingreso (DIM), obviamente expedido por Almadelco en la época en que recibió las correspondientes mercancías de la DIAN.

Y conforme se pactó en la cláusula segunda del convenio entre Almadelco en liquidación y Almagrario S.A., la entrega de mercancías entre las dos entidades se hacía en una primera etapa mediante la entrega documental de los DIM de Almadelco. O sea que mercancía que no tuviera DIM no podía ser entregada por Almadelco ni recibida por Almagrario. Y en una segunda etapa se continuaba con la entrega de mercancías y se hacía el inventario, para el cual en la cláusula cuarta, parágrafo cuarto, se acordó “un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de este convenio para finalizar el inventario... que podrá ser prorrogado por un mes más si existe justa causa, aceptada por la DIAN”.

Al plenario también se arrimó el documento de 17 puntos a que se refiere la carta enviada por el liquidador de Almadelco a la DIAN el 26 de diciembre de 2000 (fl. 1016 del cdno. pbs. 3) con el contrato de marras entre aquella entidad y Almagrario, la cual se transcribió atrás. Observa el tribunal que no se encuentra en este ninguna observación o recomendación que le permita concluir lo que afirma en forma categórica el apoderado de la convocante en el hecho 15, sobre la exigencia de la DIAN respecto a la espera para iniciar la conciliación de la cartera por bodegajes pactada en la cláusula sexta del convenio Almadelco - Almagrario.

Del testimonio rendido por Álvaro Nicanor Hernández Manotas ante el tribunal el 5 de marzo de 2004 (fls. 1121 y ss. cdno. pbs. 3) a la pregunta del apoderado de la convocante sobre el origen de la referida cláusula contestó:

“Sí, esa fue una cláusula que quedó inserta en el convenio cuando hablamos, cuando nos pusimos de acuerdo Almadelco y Almagrario, nosotros no le vimos ningún problema en razón que nos iban a entregar las mercancías saneadas y para nosotros eso era supremamente importante, era intrascendente que cualquier otra cosa para nosotros lo importante era y esa cláusula lo decía que íbamos a recibir las mercancías completamente saneadas como efectivamente sucedió el recibo de parte de Almagrario y la entrega por parte de Almadelco que se llevó a cabo con todas las formalidades”.

Y enseguida vuelve y pregunta el mencionado apoderado: “significa su respuesta que los términos de la cláusula Sexta fue una exigencia que la DIAN efectivamente formuló a Almadelco para que se insertara en esos términos” y contesta el señor Hernández:

“No podría decir, eso es algo entre Almadelco y la DIAN. Para nosotros lo que firmé las cláusulas estipuladas en este convenio para Almagrario son transparentes para nosotros este convenio lo que si fue avalado por la DIAN para nosotros recibir las mercancías tenía necesariamente que ser avalado por la DIAN como en efecto así sucedió y se llevó a cabo, pienso que esa cláusula le daba transparencia al convenio que nosotros firmamos, porque íbamos a recibir una mercancía completamente saneada como efectivamente sucedió”.

Y vuelve y pregunta el apoderado de la convocante: “significa su respuesta anterior que efectivamente el convenio Almadelco - Almagrario fue preparado con la intervención y la sugerencia, el visto bueno y visado de la DIAN conforme lo ha indicado” y responde el declarante:

“el convenio fue suscrito entre Almadelco y Almagrario sobre mercancías de la DIAN. Para poder recibir estas mercancías Almagrario, tenía que haber una aceptación de la DIAN como efectivamente la hubo; sin la aceptación de la DIAN no habiéramos podido recibir las mercancías, eso fue así y así se hizo y durante el transcurso de la entrega por parte de ustedes no se presentó ningún inconveniente que sepa, se recibieron las mercancías y se le dio finalidad al convenio este y la DIAN, hasta donde se no hubo ninguna objeción de parte de ellos en cuanto a las actas que se finiquitaron y todo en el recibo de esta cifra”.

El testimonio de José Mira Velásquez también del 5 de marzo de 2004 es ilustrativo sobre los antecedentes de los convenios regulatorios celebrados por el fondo rotatorio de aduanas con los almacenes generales de depósito. Sin embargo, en cuanto al contrato para el traslado de inventario de mercancías de la DIAN de Almadelco a Almagrario, manifestó no haber participado directamente, porque dispuesta la liquidación de Almadelco que entonces presidía, pasó a igual cargo a la corporación colombiana de logística. Empero, preguntado por el presidente del tribunal sobre el origen de la discutida cláusula sexta explicó (fl. 1060 cdno. pbas. 3):

“... no me consta que la DIAN haya exigido una renuncia a Almadelco a demandar la conciliación, pero si lo exigió me parece obvia, fue una razón muy sencilla, que si Almadelco le entrega a Almagrario unas mercancías, entonces si las mercancías van a pasar de este lugar de depósito Almadelco en liquidación a Almagrario, es lógico que este depositario tiene que recibir las mercancías con un inventario, lógico, porque pueden venir ya faltantes de origen.

Había en ese tema del fondo rotatorio de aduanas, en toda esa corrupción había muchos cambiazos, cambiaban llantas nuevas por llantas viejas, entonces podía venir de origen mucho faltante, pues tenía razón Almagrario, nuevo depositario en decir lo recibo con inventario. Tiene toda la razón al decirle no me vaya a demandar una conciliación todavía porque si llega a haber algún faltante, como en efecto ocurrió, lo cruzo con las cuentas por pagar...”.

Para el tribunal esta última aseveración es atinada y lo lleva a hacer la siguiente reflexión:

Si a alguien interesaba y beneficiaba que no se hicieran las conciliaciones de la cartera por bodegajes mientras no se terminara el inventario de la mercancía trasladada de depósitos de Almadelco a depósitos de Almagrario, para establecer los correspondientes faltantes y poderlos descontar en la audiencia de conciliación prejudicial que se llevara a cabo con la DIAN, era a esta última entidad. A Almadelco se le volvía más gravoso no poder cobrar su cartera por bodegajes en forma inmediata, una vez recibido del jefe de comercialización de la DIAN el certificado de la prestación de cumplimiento del servicio. Para Almagrario, en cambio, era indiferente el momento en que la DIAN le pagara a Almadelco por sus servicios de bodega.

Esta consideración la tendrá en cuenta el tribunal para la interpretación sistemática de las cláusulas del convenio consagrada en el artículo 1622 del Código Civil según el cual “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.

De todas las pruebas analizadas hasta ahora el tribunal no puede colegir —como lo afirma el hecho 15— que haya sido una imposición de la DIAN la disposición de esperar a que se terminara el inventario detallado de las mercancías que entregaba Almadelco en liquidación y recibía Almagrario, para iniciar la conciliación de la cartera por bodegajes a cargo de la DIAN y a favor de Almadelco. En todo caso, si así fue, el plazo de espera no era mayor a cuatro meses conforme se pactó en el convenio entre las almacenadoras, o sea que llegaba hasta el 20 de abril de 2001.

#### **4.3. Informe escrito del representante administrativo de la DIAN.**

En el informe escrito que el director general de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, doctor Mario Alejandro Aranguren Rincón, rindió el 23 de marzo de 2004 (fl. 1155 cdno. pbas. 3), decretado en sustitución de la declaración de parte solicitada por la convocante, afirma repetidamente que en depósito en bodegas de Almadelco no existen mercancías aprehendidas, decomisadas o abandonadas a favor de la Nación, de acuerdo con la información a él suministrada por las distintas administraciones. A tenor del primer inciso del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil la carga de la

prueba de este asunto correspondía a Fiducafé, que afirmaba lo contrario.

#### **4.4. Inspección judicial a bodega.**

Y de la inspección judicial que de oficio practicó el tribunal el 30 de abril de 2004 en las bodegas ubicadas en la diagonal 22 A N° 68B – 75/81 de la ciudad de Bogotá, antes de Almadelco, hoy centro de distribución múltiple, corporación colombiana de logística, se estableció lo siguiente: a) Que en un área cubierta de la bodega hay una mercancía que afirmó quien atendió la diligencia fue entregada por la DIAN para su depósito; b) Que preguntado por el tribunal sobre los documentos de ingreso de dichas mercancías (DIM) manifestó que Almadelco recibió mercancías de la DIAN desde el año de 1991 hasta el año 2000, sin especificar nada sobre las que estaban siendo objeto de inspección; c) Que en consecuencia de la disposición del tribunal de allegar al expediente las actas de ingreso de las mercancías se manifestó la imposibilidad de hacerlo en un plazo inferior a un año.

Observa el tribunal que siendo menester conforme al contrato 078-98, como se estableció atrás, que la almacenadora identificara las mercancías al ingresar a sus bodegas, hiciera inventarios detallados de las mismas, procediera a asegurarlas y luego produjera el respectivo documento de ingreso de mercancías (DIM), si no se presenta este o su correspondiente copia para acreditar su afirmación, no es de recibo para este tribunal aceptar como probado que la mercancía sea de la DIAN, entidad que a través de su director general lo ha negado, como se comentó atrás.

Esta no es una de las afirmaciones indefinidas que no requiere prueba conforme al segundo inciso del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil antes citado y, por lo tanto, el tribunal tendrá como no probado este hecho alegado por el apoderado de la demandante al descorrer el traslado de las excepciones de mérito propuestas por la DIAN.

#### **5. Conclusiones del tribunal.**

a) El servicio de almacenamiento, guarda, custodia y conservación de mercancías que prestaba Almadelco a la DIAN en sus bodegas, en virtud del contrato 078-98 y los que se suscribieron con anterioridad a este, encaja bajo la modalidad de depósito simple y/o consignación definido en la Circular 7 de 1996 de la (\*) Superintendencia Bancaria que atrás se transcribió y está regulado de manera íntegra por el Estatuto Aduanero y sus normas reglamentarias.

b) El contrato en cuestión tuvo como término final a raíz de su segunda adición el 15 de marzo de 2000, pero como se concluyó del análisis probatorio realizado por el tribunal, con posterioridad a esta fecha la DIAN reconoció expresamente tener mercancías depositadas en bodegas de Almadelco. Tan ello es así que autorizó su traslado a bodegas de Almagrario mediante convenio que se suscribió el 20 de diciembre de 2000 entre Almadelco y Almagrario, y la misma DIAN supervisó de manera directa e inmediata los procedimientos que se establecieron y siguieron para el traslado de la referida mercancía.

Por tal razón no es de recibo para el tribunal que la apoderada de la DIAN, tanto en su contestación de la demanda, como en su alegato final, concluya sin mayor análisis que el contrato 078-98 terminó el 15 de marzo de 2000 y empiece a contar a partir de dicha fecha la pretendida caducidad de las obligaciones derivadas del mismo, como son el pago de las facturas por bodegajes.

Atendiendo la naturaleza del contrato y su finalidad, es obvio que este no termina sino hasta tanto se retiren todas las mercancías depositadas y, por lo tanto, la DIAN asume obligaciones que no puede eludir como son los gastos por bodegajes de mercancías que deja en depósito en un almacén general a pesar del vencimiento del término del contrato que había suscrito para el efecto. Mientras la DIAN no retire la mercancía y no haya demora imputable a la conducta del almacén que la tiene en depósito, este podrá continuar cobrando los servicios de bodegaje pactados en el contrato 078-98, porque el contrato de depósito es por naturaleza remunerado y el almacén no tiene por qué ser castigado por la negligencia o tardanza de la DIAN en retirar su mercancía o prever oportunamente como entidad oficial que es, el gasto de mantenerla en depósito y hacer la correspondiente apropiación presupuestal.

c) El tribunal encuentra que en lo relacionado con las facturas impagadas por la DIAN que reclama el demandante en este proceso arbitral, hay graves falencias probatorias.

Efectivamente, de la relación de facturas presentadas para pago que contiene el hecho 20 de la demanda y que sirve de sustento a la pretensión condenatoria, tanto principal como subsidiaria, y de otros documentos y piezas procesales se extrae lo siguiente:

1. Que como la cartera por cobrar por servicios de almacenaje que se transfirió al patrimonio autónomo Fideicomiso Almadelco - liquidación ascendía solamente a \$ 755'274.196, no puede Fiducafé adelantar cobros por \$ 827'546.144 porque excede lo que le fue cedido al referido patrimonio.
2. Que el alegato de Fiducafé relativo a que se vio forzada por la DIAN a suscribir la cláusula sexta del convenio con Almagrario de diciembre 20 de 2000, nada tiene que ver con las facturas de bodegajes provenientes del contrato 078-98 que totalizan \$ 239'921.135, y aún con muchas posteriores presentadas para cobro mientras se implementaba el referido convenio.
3. Que de la cartera por bodegajes causados con posterioridad a la vigencia del contrato 078-98 por un valor total de \$ 431.553.956 se deben excluir las facturas con fecha posterior al convenio Almadelco – Almagrario —diciembre 28 de 2000 otrosí 2— porque Almadelco fue liquidado en dicha fecha y todo cobro de bodegajes que se efectúe con posterioridad proviene de facturas de la corporación colombiana de logística o de cualquier otra entidad quienes no las cedieron al patrimonio autónomo representado por Fiducafé, parte que las cobra en este proceso arbitral.
4. Que no se probó en qué fecha concluyó el inventario y la entrega de las mercancías de Almadelco a Almagrario y a pesar de ello, sin ningún sustento probatorio, en el escrito en el cual se descurre el traslado de las excepciones de mérito el apoderado de Fiducafé expresa que “la mayor cantidad de estas (mercancías) egresaron o salieron de las bodegas de Almadelco con destino a las de Almagrario, en el mes de junio de 2001, fecha esta en la cual, por supuesto finalizó el contrato de Depósito en Almadelco”, para posteriormente, en el alegato de conclusión, el mismo apoderado de Fiducafé decir en dos apartes que lo fue en el mes junio de 2002.

Ya atrás se estudió que en el convenio entre las almacenadoras se pactó un plazo de tres meses para terminar el inventario, prorrogable por uno más con la autorización de la DIAN, lo que fija este plazo en 20 de abril de 2001 como máximo.

5. Que la solicitud de conciliación prejudicial para el reconocimiento y pago del servicio de bodegaje según contrato 078-98, se presentó el 24 de octubre de 2002 (fl. 27 cdno. pbas 1) y por lo antes expuesto se hubiera podido presentar un año antes, por lo menos.
6. Que de las facturas acompañadas como pruebas y de los documentos anexos a ellas no puede establecer el tribunal si el cobro de bodegajes que contienen, obedece a mercancías que continuaban en depósito o que habían sido retiradas de las bodegas.

Las consideraciones sobre las fechas, valores y demás aspectos relacionados en este acápite serán las que tendrá en cuenta el tribunal para la decisión que ha de tomar.

## **6. El artículo 106 de la Ley 6ª de 1992.**

Por la Ley 6ª, contentiva de una reforma tributaria, se efectuaron entre otros aspectos modificaciones en la Administración Aduanera y se transformó la Dirección General de Aduanas en Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se eliminó el fondo rotatorio de aduanas. En el artículo 106 inciso 5º se fijó el sistema de contratación de la Unidad Administrativa Especial DIAN del cual se exceptuó expresamente

“la contratación y adquisición de bienes y servicios necesarios para llevar a cabo las acciones especiales de represión al contrabando; así como el manejo, almacenamiento, enajenación, destrucción y demás operaciones relacionadas con mercancías o bienes abandonados o aprehendidos por violación a la legislación aduanera, en cuyo caso el Director de Aduanas actuará y contratará sin limitación de cuantía y con las facultades y régimen del sector privado, debiendo presentar periódicamente informes de dichas actuaciones ante el comité de contratación y presupuesto”.

Por Decreto 1950 de 1992 se reglamentó el inciso 5° del artículo 106 de la Ley 6ª de 1992 antes transcrito, sobre el sistema especial de contratación de la DIAN.

El tribunal, estudiadas estas reglamentaciones especiales, concluye sin hesitación alguna que la excepción que se estableció para la contratación en estos casos, es que a pesar de su cuantía no se sujetan a la licitación pública prevista para los contratos estatales, como lo afirma la señora apoderada de la DIAN en su alegato de conclusión.

Son contratos estatales que se rigen para los efectos mencionados por las normas del derecho privado, pero están sujetos en los pagos a las apropiaciones presupuestales y, en consecuencia, requieren para su perfeccionamiento el registro presupuestal, y deben publicarse en el Diario Único de Contratación Pública, como se plasmó en su texto, lo que claramente indica su carácter de contratos estatales.

Ha dicho el Consejo de Estado con relación a los contratos estatales o administrativos: (Anales del Consejo de Estado tomo LXXII año XLVII primer semestre de 1972) “Cuando la ley impone a la administración un procedimiento especial para celebrar sus contratos, este procedimiento es obligatorio; las normas legales que lo prescriben se establecen en interés general y forman parte de la legalidad que la administración debe respetar; su inobservancia afectaría de nulidad los actos contractuales así celebrados. La técnica contractual de la licitación persigue como finalidades especiales obtener en la gestión de los servicios públicos las condiciones más favorables dentro de lo que es equitativo y razonable, y garantizar al ciudadano condiciones de igualdad frente a la gestión administrativa”.

Se excluyeron de licitación los contratos celebrados por la DIAN para el almacenamiento de mercancías aprehendidas o incautadas por violaciones a la legislación aduanera y se facultó a esta para celebrarlos en forma directa y bajo las normas civiles y comerciales con unos especialistas en el tema, como lo son los almacenes generales de depósito, sin duda más versados que cualquier otro administrado, razón más que suficiente para establecer la excepción del inciso 5° del artículo 106 de la Ley 6ª de 1992 y para disponer en el texto de los contratos, como se hizo en el 078-98, que no se pueden ceder por que son *intuitu personae*.

Por otra parte, el cobro a la DIAN mediante conciliación prejudicial que desde siempre y sin protesta alguna por parte de Almadelco —en este proceso Fiducafé— se adelantó en todos los casos de controversia ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demuestra a las claras que el juez competente es el de la jurisdicción contencioso administrativa como lo manda el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y que se ha entendido hasta el presente que los suscritos por la DIAN son contratos estatales.

Finalmente, precisa el tribunal, en lo que hace con el argumento expuesto por la parte demandante en el sentido de que el artículo 106, inciso 5°, de la Ley 6ª de 1992 estableció un régimen especial para el director de Aduanas Nacionales en virtud del cual podía celebrar contratos sometidos exclusivamente al régimen del sector privado, no lo estima razonable el tribunal, habida cuenta de que la Corte Constitucional en Sentencia C-104 del 10 de marzo de 1994, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, al decidir sobre la exequibilidad de dicho artículo 106 se declaró inhibida, porque a juicio suyo el Decreto 2117 del 29 de diciembre de 1992 lo derogó, con excepción de su inciso 3°, que se refería a una situación estrictamente laboral, atinente a la indemnización por retiro de funcionarios, porque se trataba de una norma de carácter orgánico-funcional, cuyos efectos no podían prolongarse en el tiempo.

Así las cosas, es evidente que la disposición invocada estaba fuera de la vida jurídica mucho antes de que se celebrara el contrato 078 de 1998, objeto principal de esta controversia.

Por manera, pues, que no queda duda de que el contrato 078-98 es un contrato estatal, dentro del cual la administración conservó todas sus ventajas y prerrogativas como persona de derecho público.

## **7. La excepción de caducidad.**

La parte demandada propuso la excepción de caducidad, para lo cual invocó el artículo 136 (modificado por la L. 446/98, art. 44), numeral 10, literales a), b), c) y d), del Código Contencioso Administrativo, en cuanto considera que “la acción judicial para el cobro de los servicios prestados dentro de la vigencia del mismo ya caducó, toda vez que como se ha mencionado reiteradamente el contrato estuvo vigente hasta el 15 de marzo de 2000, por lo que el



demandante tuvo la oportunidad de incoar dicha acción hasta le (sic) 14 de marzo de 2002, y como se observa esta demanda fue presentada ante la cámara de comercio el 8 de septiembre de 2003, dieciocho meses después de haber operado el fenómeno de la caducidad” (fl. 76).

La parte actora replicó mediante memorial presentado el 17 de febrero de 2004, en el cual afirma que “tales mercancías continuaron almacenadas en Almadelco durante mucho tiempo después del quince (15) de marzo del 2000, tal como se comprueba con el nuevo contrato de depósito suscrito entre Almadelco S. A. y Almagrario del veinte (20) de diciembre del 2000 (...)”. Asimismo, aduce que aún en el supuesto de que esa fecha se pudiera tomar como punto de partida para la caducidad de la acción, es lo cierto que esta fue suspendida “en los términos del artículo 80 de la Ley 446 de 1998 que reformó el artículo 60 de la Ley 23 de 1991 (...)”, y del artículo 20 de la Ley 640 de 2001, toda vez que hubo dos (2) solicitudes de conciliación, una del 16 de enero de 1998 y otra del 24 de octubre de 2002.

De igual manera, el señor Procurador Sexto Judicial Administrativo, en su alegato de conclusión, presentado dentro de la audiencia del 21 de abril de 2004, coadyuva la tesis de la parte demandada en el sentido de que la acción está caducada para todos los efectos, y plantea un detenido análisis en cuanto a los tres tipos de situaciones que observa en la litis, relacionadas con las que fueron consolidadas bajo el contrato 078-98, con posterioridad a dicho contrato, y las anteriores al 29 de mayo de 1998.

El tribunal considera necesario precisar que como lo tienen sentado la ley, la doctrina y la jurisprudencia, la caducidad es una institución jurídica que señala unos límites en el tiempo al ejercicio de una acción, independientemente de factores que no se refieran exclusivamente al transcurso del tiempo. Desde luego, es menester recordar también que la Ley 446 de 1998 primero, y luego la Ley 640 de 2001, consagraron la figura de la suspensión de la caducidad, pero bajo condiciones muy exactas y precisas. Es decir, en síntesis, que la caducidad determina el límite a partir del cual ya no es posible incoar válidamente la acción respectiva. Tanto es así, que a diferencia de la prescripción, la caducidad puede y debe ser aplicada oficiosamente por el juez.

De otro lado, es incuestionable que las controversias a que se contrae este tribunal son las que surgen del contrato 078-98, en cuya cláusula décima se le definió a la justicia arbitral la competencia para dirimir las.

El artículo 136, numeral 10, del Código Contencioso Administrativo, dice que en las acciones relativas a contratos el término de caducidad será de dos (2) años, “que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”.

Acto seguido, la misma disposición contempla varias hipótesis, para precisar que en los contratos de ejecución instantánea la acción debe iniciarse dentro de los dos (2) años siguientes “a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato”; en los que no requieran de liquidación, dentro de los dos (2) años siguientes “contados desde la terminación del contrato por cualquier causa”; en los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo, dentro de los dos (2) años siguientes, “contados desde la firma del acta”; y en los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, dentro de los dos (2) años siguientes, “contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe”, con el aditamento de que si la administración no hace la liquidación, el interesado puede obtenerla por vía judicial dentro de los dos (2) años siguientes “al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

Como lo señaló atinadamente el agente del Ministerio Público en su alegato de conclusión, “la finalidad de la liquidación es definir quién debe y cuánto”.

Es verdad del proceso que el contrato 078 fue suscrito el 28 de diciembre de 1998 y tuvo dos (2) adiciones, la última de las cuales venció el 15 de marzo de 2000.

Para este tribunal, dado que la demanda arbitral se presentó por Fiducafé el 8 de septiembre de 2003, todas las facturas por servicios de bodegaje prestado por Almadelco —hoy Fiducafé— a la DIAN, que no deban excluirse por las razones atrás expuestas, se considera que su acción de cobro ha caducado, si toma en cuenta la fecha de la misma factura y a partir de esta encuentra que han transcurrido dos (2) años en que no se ha producido su pago, interpretación que armoniza con la, previsión inicial del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso

Administrativo.

Pero es más, si se acepta la juiciosa tesis del señor agente del Ministerio Público, sobre que siendo un contrato que debe liquidarse han de tenerse en cuenta las regulaciones de la parte final del literal d) del numeral 10 del artículo 136 en comento, pero se toma como fecha de vencimiento del plazo convenido por las partes en el contrato no el 15 de marzo de 2000 sino el 30 de abril de 2001 —fecha en que ha debido terminarse el inventario de la mercancía de la DIAN trasladada a Almagrario— aún en ese supuesto se habría producido la caducidad de la acción contractual de cobro de las facturas. Y si se le añade el término de suspensión de la caducidad fijado por el artículo 20 de la Ley 640 de 2001 en tres meses, por haberse solicitado conciliación prejudicial, también en ese caso encuentra el tribunal que operó la caducidad de la acción contractual de cobro de las facturas.

En cuanto al saldo pendiente de pago de la cartera presentada en la conciliación del 28 de mayo de 1998 el tribunal considera que la caducidad aplicable es la prevista en el numeral 11 del mismo artículo y por ende también ya operó.

Y finalmente, en cuanto a la cartera por servicios varios, si bien estos pueden estar dentro del objeto del contrato, como lo dejó sentado atrás el tribunal al hacer el análisis del N° 078-98, de las facturas correspondientes solo dos tienen fecha posterior a la suscripción del mismo, y sobre estas por su antigüedad también estaría caducada su acción de cobro.

Dados estos supuestos jurídicos y fácticos, es evidente que la excepción de caducidad de la acción propuesta por la parte demandada, está llamada a prosperar, como en efecto lo declarará el tribunal.

El tribunal, habiendo encontrado probada la excepción de caducidad de la acción contractual, conforme al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil se abstendrá de analizar las demás propuestas.

### **8. Costas.**

El tribunal, con fundamento en lo previsto en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, y con sujeción a las reglas contenidas en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, proferirá condena en costas, para lo cual las liquida así:

En la audiencia de 9 de diciembre de 2003 el tribunal fijó la suma de \$ 36'000.000, para honorarios y gastos del tribunal, más el IVA sobre las partidas que lo causaren, esto es, \$1'800.960, para un total de \$ 37'800.960, valor que las partes pagaron por mitades.

En consideración a que no prosperaron las pretensiones de la demanda, el tribunal condenará en costas totales al patrimonio autónomo Fideicomiso Almadelco - liquidación, representado por Fiducafé S.A., por lo cual este deberá reintegrar a la DIAN todo lo pagado por ella para atender los gastos de este proceso.

Además, el tribunal fija las agencias en derecho en la suma de \$ 17.000.000, a favor de la DIAN e igualmente a cargo de la convocante.

Conforme con lo anterior, la convocante en este proceso será condenada a pagar a la DIAN la suma de \$ 35'900.480.

### **III. Parte resolutive**

En mérito de las consideraciones que anteceden, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre Fiduciaria Cafetera S.A. —Fiducafé S.A.—, como vocera y representante legal del Fideicomiso N° 3-1-0321 “Fideicomiso Almadelco - liquidación”, de una parte, y la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, de la otra, de que da cuenta el presente proceso arbitral, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declárase probada la excepción de caducidad propuesta por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, deniéganse las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de Fiduciaria Cafetera S.A. -Fiducafé S.A.-, como vocera y representante legal del Fideicomiso N° 3-1-0321 “Fideicomiso Almadelco – liquidación.

3. Deniéganse las demás excepciones de mérito propuestas por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

4. Condénase a Fiduciaria Cafetera S.A. —Fiducafé S.A.—, como vocera y representante legal del Fideicomiso N° 3-1-0321 “Fideicomiso Almadelco – liquidación, a pagar a la DIAN la suma de \$ 35.900.480, por concepto de costas del proceso.

5. Ordénase la expedición de copias de este laudo con las constancias de ley, con destino a las partes, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y a la Procuraduría General de la Nación (CPC, art. 115, num. 2°).

6. Ordénase la protocolización del expediente contentivo de este laudo en una notaría del círculo de Bogotá, D.C.

Notifíquese y cúmplase.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora*, Presidente y árbitro único.

*Florencia Lozano Revéz*, Secretaria.

---