

Tribunal de Arbitramento

Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación)

v.

Tren de Occidente S.A.

Octubre 19 de 2005

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., 19 de octubre de dos mil cinco (2005).

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la audiencia de fallo, el tribunal de arbitramento profiere, en derecho, el laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación), parte convocante, y Tren de Occidente S.A., parte convocada, surgidas con ocasión del contrato de fiducia mercantil de administración y pagos de los recursos aportados por ferrovías para la ejecución del plan de obras de rehabilitación previsto en el contrato de concesión de la red pacífica de fecha 20 de enero de 1999, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1. Antecedentes.

1.1. El contrato.

Las partes de este proceso celebraron con fecha 20 de enero de 1999 un negocio jurídico que denominaron “contrato de fiducia mercantil de administración y pagos de los recursos aportados por ferrovías para la ejecución del plan de obras de rehabilitación previsto en el contrato de concesión e la red pacífica”. La cláusula segunda de dicho contrato establece el objeto del mismo, así:

“2. Objeto del contrato

“El presente contrato de fiducia mercantil irrevocable tiene por objeto:

“2.1. Servir de mecanismo de pago de la obligación contraída por Ferrovías con el concesionario, respecto de la realización de los aportes que se destinarán a la financiación de la ejecución del plan de obras de rehabilitación, y en tal sentido, recibir en nombre del concesionario los recursos que aporte Ferrovías con tal fin.

“2.2. La administración de los recursos que tengan derecho a recibir el fideicomitente (sic) por causa de las transferencias que efectúe Ferrovías para la ejecución del plan de obras de rehabilitación.

“2.3. Servir de fuente de pago al fideicomitente mediante reembolso de los gastos sufragados por este en su calidad de concesionario para la ejecución del plan de obras de rehabilitación, cuando el fideicomitente así lo requiera, en los términos previstos en este contrato”.

1.2. El pacto arbitral.

Las controversias que se deciden mediante el presente Laudo se originan en el “contrato de fiducia mercantil de administración y pagos de los recursos aportados por Ferrovías para la ejecución del plan de obras de rehabilitación previsto en el contrato de concesión de la red pacífica”, celebrado el 20 de enero de 1999, en cuya cláusula vigésima quinta, se pactó la siguiente cláusula compromisoria:

“Cláusula 25. Solución de conflictos

“Las diferencias que surjan entre la fideicomitente o sus cesionarios, o entre la fiduciaria y los beneficiarios y sus cesionarios, por razón o con ocasión de la celebración, ejecución, terminación o liquidación del negocio jurídico,

se resolverán a través del arreglo directo, la negociación y la conciliación, en los términos establecidos en el contrato de concesión.

“Para tal efecto las partes dispondrán de quince días hábiles contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas requiera a la otra en tal sentido, término que podrá ser prorrogado de común acuerdo. Las comunicaciones deberán ser enviadas a las partes destinatarias por telegrama o por correo certificado a las direcciones consignadas en la parte correspondiente de este contrato. En caso de fracasar los mecanismos de arreglo directo, las diferencias serán resueltas por un tribunal de arbitramento, cuya integración y funcionamiento se regirán por la ley colombiana, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

“25.1. El tribunal de arbitramento funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., y sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, con arreglo a las normas vigentes en dicho centro.

“25.2. El tribunal de arbitramento estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes, o en su defecto por la misma Cámara de Comercio de Bogotá.

“25.3. El tribunal de arbitramento decidirá en derecho, con sujeción a la ley colombiana.

“25.4. Las comunicaciones a que halla (sic) lugar para efectos de la convocatoria y trámite de los procesos arbitrales aquí previstos deberán ser enviados (sic) a las partes destinatarias por telegrama o por correo certificado a las mismas direcciones consignadas en este contrato, las cuales se entienden que forma parte integrante de esta cláusula compromisoria, para los efectos de la ley”.

1.3. Partes procesales.

1.3.1. Parte convocante.

La parte convocante y convocada en reconvención en este trámite arbitral es Fiduciaria del Estado S.A. (Fiduestado S.A. en liquidación), en adelante Fiduestado, sociedad de servicios financieros, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, constituida mediante escritura pública 060 del 10 de enero de 1992, otorgada en la Notaría Treinta y Siete (37) del Círculo de Bogotá, varias veces reformada, representada legalmente por su gerente liquidador, señor Ignacio Guillermo Cantillo Vásquez, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 28 a 30 del cdno. ppal. 1), en el cual consta igualmente que mediante Decreto 1717 del 6 de agosto de 2002, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Fiduestado fue declarada disuelta y en estado de liquidación.

En el presente proceso arbitral, Fiduestado está representada judicialmente por el abogado Javier Bonivento Jiménez, de acuerdo con el poder visible a folio 27 del cuaderno principal 1.

1.3.2. Parte convocada.

La parte convocada y demandante en reconvención en el presente trámite arbitral es Tren de Occidente S.A. (antes Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A.), en adelante Tren de Occidente, sociedad comercial constituida mediante escritura pública 3835, del 16 de diciembre de 1998, otorgada en la Notaría 32 del Círculo de Bogotá, varias veces reformada, domiciliada en la ciudad de Cali (Valle), representada legalmente por su gerente, señor Alfonso Patiño Fajardo, quien de conformidad con los estatutos de la compañía tiene facultad para representarla legalmente ante las autoridades de cualquier orden o naturaleza, y para constituir apoderados especiales para atender asuntos judiciales, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por Cámara de Comercio de Cali (fls. 122 a 124 del cdno. ppal. 1).

En este trámite arbitral, Tren de Occidente está representada judicialmente por el abogado Bernardo Antonio Patiño Fajardo, de acuerdo con el poder visible a folio 121 del cuaderno principal 1.

1.4. Iniciación del trámite.

1.4.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria, el 12 de marzo de 2004, Fiduestado presentó solicitud de

convocatoria frente a Tren de Occidente, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (cdno. ppal. 1, fls. 1 a 26).

1.4.2. De conformidad con lo dispuesto en la cláusula compromisoria, el tribunal debía conformarse por tres árbitros nombrados de común acuerdo por las partes, o en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá.

1.4.3. El día 29 de marzo de 2004, se llevó a cabo la audiencia de nombramiento de árbitros, en la cual, las partes de común acuerdo designaron como árbitros a los doctores Gilberto Peña Castrillón, Juan Carlos Varón Palomino y Juan Pablo Cárdenas Mejía, y como suplente al doctor Carlos Esteban Jaramillo (fl. 40 del cdno. ppal.).

1.4.4. Los árbitros principales así designados de común acuerdo por las partes, doctores Gilberto Peña Castrillón, Juan Carlos Varón Palomino y Juan Pablo Cárdenas Mejía, aceptaron su designación en la debida oportunidad.

1.4.5. El 13 de mayo de 2004, se dio inicio a la audiencia de instalación, en la cual, mediante auto 1 de la misma fecha (acta 1), se declaró legalmente instalado el tribunal, se nombró presidente y secretaria del mismo, el tribunal asumió competencia para efectos de conocer el trámite que con anterioridad a la sentencia C-1038 de 2002, competía a los centros de arbitraje, sin perjuicio de lo que se decidiera sobre competencia en la primera audiencia de trámite, se admitió la demanda arbitral, se ordenó que por secretaría se surtiera la notificación personal del auto admisorio a la parte convocada y al Ministerio Público y se corriera traslado de la demanda por el término legal. Así mismo, se reconoció personería jurídica al doctor Javier Bonivento Jiménez, como apoderado de la parte convocante. En cuanto a la fijación de los honorarios de los árbitros, del secretario y los gastos del proceso, se aplazó tal decisión hasta tanto el tribunal contara con los elementos de juicio necesarios para cuantificarlos (cdno. ppal. 1, fls. 74 a 75).

1.4.6. Las diligencias de notificación personal del auto admisorio de la demanda arbitral se practicaron el 20 de mayo de 2004 (cdno. ppal. 1, fls. 76 a 77).

1.4.7. El 4 de junio de 2004, en oportunidad para ello, Tren de Occidente contestó la demanda arbitral, con expresa oposición a las pretensiones e interposición de excepciones de mérito (cdno. ppal. 1, fls. 78 a 99). Dicha contestación fue adicionada mediante escrito radicado el día 4 de junio de 2004.

1.4.8. Con fecha 4 de junio de 2004, Tren de Occidente presentó demanda de reconvención contra Fiduestado (cdno. ppal. 1 fls. 107 a 120).

1.4.9. Mediante auto 2. del 10 de junio de 2004 (acta 2), el tribunal admitió la demanda de reconvención, ordenó notificar dicha providencia personalmente y correr traslado a la parte convocante y al Ministerio Público, y reconoció personería al doctor Bernardo Antonio Patiño Fajardo como apoderado de Tren de Occidente, en los términos del poder a él conferido (cdno. ppal. 1, fls. 128 a 129).

1.4.10. La providencia admisoria de la demanda de reconvención fue notificada personalmente a las partes y al Ministerio Público el 15 de junio de 2004 (cdno. ppal. 1, fls. 130 a 134).

1.4.11. El 25 de junio de 2004, en oportunidad para ello, la parte convocante y convocada en reconvención (Fiduestado) contestó la demanda de reconvención (cdno. ppal. 1 fls. 136 a 154).

1.4.12. El 1º de julio de 2004 se corrió traslado a las partes de las respectivas excepciones de mérito propuestas por ellas.

1.4.13. El 8 de julio de 2004, Fiduestado, por intermedio de su apoderado y mediante escrito descorrió el traslado de las excepciones propuestas por la parte convocada en su escrito de contestación de la demanda (cdno. ppal. 1, fls. 167 a 168).

1.4.14. El 9 de julio de 2004, Tren de Occidente, por intermedio de su apoderado y mediante escrito descorrió el traslado de las excepciones de mérito propuestas por la parte convocante y convocada en reconvención (cdno. ppal. 1, fl. 169).

1.4.15. El día 16 de julio de 2004 se continuó la audiencia de instalación y mediante auto 4 (acta 4), se fijaron los

honorarios y gastos del proceso, los cuales fueron oportunamente entregados por las partes al presidente del tribunal (cdno. ppal. 1, fls. 171 a 177).

1.4.16. El día 6 de octubre de 2004, el señor apoderado de Tren de Occidente presentó escrito de reforma de la demanda de reconvención. (cdno. ppal. 1, fls. 202 a 225).

1.4.17. Mediante auto 7, de fecha 7 de octubre de 2004 (acta 7) se admitió a trámite la reforma de la demanda de reconvención, y se ordenó correr traslado de la misma por el término legal (cdno. ppal. 1, fls. 226 a 228).

1.4.18. Oportunamente, el día 14 de octubre de 2004, el señor apoderado de Fiduciaria del Estado S.A. “Fiduestado en liquidación” contestó la reforma de la demanda de reconvención formulada por Tren de Occidente S.A. (cdno. ppal. 1, fls. 231 a 250).

1.4.19. El día 15 de octubre de 2004, por secretaría se corrió traslado de las excepciones de mérito contra la demanda de reconvención reformada, en los términos del artículo 399 del Código de Procedimiento Civil.

1.4.20. El día 28 de octubre de 2004, mediante auto 8, se reajustaron las sumas decretadas para gastos y honorarios, reajuste que fue oportunamente pagado por las partes mediante la entrega de los correspondientes cheques al presidente del tribunal (cdno. ppal. 1, fls. 258 a 260).

1.4.21. Los días 26 de enero y 21 de febrero de 2005 se llevó a cabo la audiencia de conciliación de que tratan los artículos 141 del Decreto 1818 de 1998 (L. 446/98, art. 121), y 430 del Código de Procedimiento Civil, sin que las partes hubieran llegado a acuerdo conciliatorio alguno (cdno. ppal. 1, fls. 275 a 278).

1.5. Trámite arbitral.

1.5.1. Primera audiencia de trámite.

El 21 de febrero de 2005 a las 2:30 p.m., acta 11, se dio inicio a la primera audiencia de trámite dándose lectura a la cláusula compromisoria acordada en la cláusula vigésima quinta del “contrato de fiducia mercantil de administración y pagos de los recursos aportados por Ferrovías para la ejecución del plan de obras de rehabilitación previsto en el contrato de concesión de la red pacífica”, suscrito entre las partes el día 20 de enero de 1999, a las cuestiones sometidas a decisión arbitral expresadas en la solicitud de convocatoria y demanda, la contestación por la parte convocada, la demanda de reconvención y posterior contestación por parte de la parte convocante. Así mismo, el tribunal se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, las controversias sometidas a su consideración, planteadas en la demanda arbitral, su contestación y excepciones, la demanda de reconvención reformada, su contestación y excepciones. La mencionada audiencia fue suspendida y se fijó como fecha para su continuación el día 2 de marzo de 2005.

El día 2 de marzo de 2005, se llevó a cabo la continuación de la primera audiencia de trámite, en la cual se decretaron las pruebas del proceso mediante auto 14, acta 12 (cdno. ppal. 1, fls. 304 a 312).

1.5.2. Audiencias de instrucción del proceso.

El trámite arbitral se llevó a cabo en 21 audiencias, en las cuales se asumió por parte del tribunal competencia, se decretaron y practicaron las pruebas decretadas, se recibieron los alegatos de conclusión y se profirió este laudo. En audiencia celebrada el 5 de septiembre de 2005, el tribunal citó a las partes el día 13 de octubre de 2005 a las 10:00 a.m., para audiencia de fallo. Posteriormente, mediante auto 22 del 13 de octubre de 2005, se fijó el 19 de octubre a las 3:00 p.m. para realización de la mencionada audiencia.

1.5.3. Pruebas decretadas y practicadas.

Por auto 14, acta 12, el tribunal de arbitramento, en audiencia realizada el 2 de marzo de 2005, decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

Documentales.

Se ordenó tener como pruebas documentales los documentos presentados y numerados en la demanda inicial, en la contestación, la demanda de reconvenCIÓN, la contestación a la demanda de reconvenCIÓN, así como los aportados en los documentos por medio de los cuales se pronuncian sobre las excepciones contenidas en la contestación a la demanda y a la reforma de la demanda de reconvenCIÓN. Se incorporaron documentos en respuesta a los oficios librados, los entregados por algunos testigos en el transcurso de sus testimonios, como parte de las declaraciones, así como los presentados conjuntamente y de común acuerdo por las partes en sustitución a las inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención de perito, inicialmente solicitadas, las cuales fueron desistidas por las partes.

1.5.3.1. Oficios.

Se ordenó oficiar a:

- Empresa Colombiana de Vías Férreas - Ferrovías.
- Fiducolombia S.A.
- Notaría treinta y dos de Bogotá.
- Notaría cincuenta y uno de Bogotá.
- Banestado.
- (*) Superintendencia Bancaria de Colombia.
- Instituto Nacional de Concesiones - INCO.

1.5.3.2. Testimonios y declaraciones de parte.

En las oportunidades procesales señaladas se practicaron los testimonios de Luís Eduardo Avellaneda y Gustavo Andrés Bermúdez Rojas, Andrés Alfonso Uribe Maldonado, recibidos en audiencia realizada el 14 de marzo de 2005; Edmundo del Castillo y Abraham Antonio Palacio Amado, recibidos el día 14 de abril de 2005.

El día 30 de marzo de 2005 se recibió la declaración de parte del señor Alfonso Patiño Fajardo, representante legal de Tren de Occidente S.A.

Los testimonios de Reiner García Lozano, Giovanna Silva Duarte, Flor Ángela Cárdenas, Diego Luís Noguera, así como el interrogatorio de parte del representante legal de Fiduciaria del Estado S.A., que inicialmente se solicitaron y decretaron, fueron desistidos.

1.5.3.4. Las partes de común acuerdo presentaron un informe técnico que sustituye las pruebas periciales solicitadas por las partes, las cuales fueron desistidas expresamente por ellas.

1.5.4. Audiencia de alegatos de conclusión.

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes en audiencia del día 5 de septiembre de 2005, expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos. Así mismo, en la misma audiencia, el señor agente del Ministerio Público expuso su alegato final de manera oral, intervención esta que fue grabada y posteriormente desgrabada e incorporada al expediente (cdno. ppal. 2 fls. 454 a 716).

1.6. Audiencia de fallo.

El tribunal, por auto 22 proferido en la audiencia llevada a cabo el 13 de octubre de 2005, acta 20, señaló el día 19 de octubre de 2005, a las 3:00 p.m., para llevar a cabo la audiencia de fallo (cdno. ppal. 2, acta 20 fls. 717 y 718).

1.7. Término para fallar.

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración

del proceso arbitral, será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.

El tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

a) Los días 21 de febrero de 2005 y 2 de marzo de 2005 se realizó la primera audiencia de trámite y se asumió competencia, para conocer y resolver en derecho las controversias sometidas a consideración de este tribunal de arbitramento, planteadas en la demanda arbitral, su contestación y excepciones, la demanda de reconvención reformada, su contestación y excepciones.

A solicitud conjunta de ambas partes el proceso se suspendió en las siguientes fechas: 31 de marzo de 2005 al 12 de abril de 2005, ambas fechas inclusive (acta 14); 20 de abril de 2005 al 17 de mayo de 2005, ambas fechas inclusive (acta 15); 24 de mayo de 2005 al 13 de junio de 2005, ambas fechas inclusive (acta 16); 15 de junio de 2005 al 11 de julio de 2005, ambas fechas inclusive (acta 17); 13 de julio de 2005 al 4 de septiembre de 2005, ambas fechas inclusive (acta 18) y entre el 6 de septiembre de 2005 y el 12 de octubre de 2005, ambas fechas inclusive, para un total de 122 días hábiles.

b) Adicionados los días de suspensión del proceso, el término legal para expedir el laudo vence el 28 de febrero de 2006 y, por tanto, el tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

1.8. Contenido de la demanda, de la demanda de reconvención y sus contestaciones.

A continuación se presenta una síntesis de los hechos tal y como fueron presentados por las partes convocante y convocada en reconvención, convocada y convocante en reconvención y que han servido como soporte de sus pretensiones:

1.8.1. Hechos presentados por la parte convocante en su escrito de demanda.

Los hechos que Fiduestado expuso en su demanda, como fundamento de sus pretensiones, en síntesis son:

1.8.1.1. Mediante Resolución 102 del 11 de febrero de 1998, la Empresa Colombiana de Vías Férreas abrió la licitación pública 001-98 con el fin de seleccionar un concesionario para adelantar la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte férreo de carga de la red pacífica (hecho 1).

1.8.1.2. A través de la Resolución 820 del 4 de noviembre de 1998, le fue adjudicado a la Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A. (hoy Tren de Occidente S.A.) el contrato de concesión de infraestructura y de obra de conservación de la red pacífica, el cual fue suscrito el 18 de diciembre de 1998 (hechos 2 y 3).

1.8.1.3. Se destacan del contrato de concesión el numeral 4.3, y las cláusulas 13, 15, numeral 15.4, 26, numeral 26.2, 27, 84, numeral 84.2 y 46 (hecho 4).

1.8.1.4. El día 19 de enero de 1999 se suscribió el “otrosí 1” al contrato de concesión (hecho 5).

1.8.1.5. En desarrollo de lo previsto en el contrato de concesión, la Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A. (hoy Tren de Occidente S.A.) en su condición de fideicomitente y Fiduestado en su calidad de fiduciaria, suscribieron el 20 de enero de 1999 un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos “de los recursos aportados por Ferrovías para la ejecución del plan de obras de rehabilitación previsto en el contrato de concesión de la Red Pacífica” (hecho 6).

1.8.1.6. Las cláusulas segunda, tercera, cuarta, sexta y octava del contrato de fiducia, establecen lo referente al objeto, bienes fideicomitidos, destinación de los recursos, denominación del patrimonio autónomo, forma de integración del mismo y beneficiarios de la fiducia, respectivamente (hecho 7).

1.8.1.7. En materia de obligaciones a cargo del fideicomitente, en la cláusula 17 se pactaron, entre otras, la de gestionar oportunamente ante Ferrovías los giros de los recursos provenientes del contrato de concesión y entregarlos a la fiducia, quien a su vez tenía la obligación de recibirlos, así como cancelar la comisión fiduciaria de que trata el contrato (hechos 7.7. y 7.8).

1.8.1.8. La remuneración a favor de Fiduestado por la ejecución del contrato se estipuló como un derecho de la entidad fiduciaria en la cláusula 18 del contrato y quedó establecida en la cláusula décima tercera, y la forma de pago de las comisiones quedó consignada en la cláusula décima cuarta (hechos 7.9 y 7.10).

1.8.1.9. En las cláusulas vigésima primera y vigésima tercera, se estableció lo relacionado con la vigencia y con las causales de terminación del contrato fiduciario respectivamente (hechos 7.11 y 7.12).

1.8.1.10. Mediante documento titulado “otrosí 1” sin constancia de fecha de suscripción, la entidad demandante y la sociedad demanda modificaron el contrato de fiducia mercantil, con el fin de introducir en él observaciones señaladas por Ferrovías a su texto, según comunicación de enero 27 de 1999 dirigida por la presidencia de Ferrovías a la sociedad concesionaria (hecho 8).

1.8.1.11. El 5 de febrero de 1999 se suscribió el “otrosí 2” al contrato de concesión (hecho 9).

1.8.1.12. El 14 de marzo de 2000 se suscribe el “otrosí 3” al contrato de concesión, en el cual se modificaron algunas estipulaciones de dicho contrato (hecho 10).

1.8.1.13. El 2 de abril de 2001, se aprobó el cambio de razón social de la Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A., a la de Tren de Occidente S.A., y la correspondiente reforma estatutaria fue efectuada mediante la escritura pública 0996 del 12 de junio de 2001 de la Notaría Décima de Bogotá e inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá (hecho 11).

1.8.1.14. En el “otrosí 4” al contrato de concesión, de fecha 2 de mayo de 2001, Ferrovías autorizó que con cargo a las sumas aportadas para la financiación del plan de obras de rehabilitación e ingresadas al fideicomiso de administración y pagos constituido por el concesionario con Fiduestado se efectuasen desembolsos (no solo reembolsos) a favor del concesionario, destinados exclusivamente al cubrimiento de las inversiones requeridas por este para la ejecución de las obras de la red férrea entregadas en concesión. Como consecuencia de dicho acuerdo se autorizó al concesionario a introducir las modificaciones respectivas al contrato de fiducia de administración y pagos (hecho 12).

1.8.1.15. Mediante “otrosí 2” del 4 de mayo de 2001, Fiduestado y Tren de Occidente introdujeron modificaciones a las estipulaciones segunda, cuarta y novena principalmente del contrato de fiducia (hecho 13).

1.8.1.16. El 6 de diciembre de 2001, se suscribió el “otrosí 5” al contrato de concesión, en el cual se modificó la cláusula 27, acordándose que los recursos destinados a la financiación de la ejecución del plan de rehabilitación, serían recibidos y administrados a través de dos fideicomisos de administración y fuente de pago. La motivación que llevó a modificar dicha cláusula 27, está consagrada en los considerandos 5 y 6 del “otrosí 5” (hecho 14).

1.8.1.17. Con fecha 17 de enero de 2002 se suscribió el “otrosí 6” al contrato de concesión, en el cual se acordó: aprobar el plan de obras de rehabilitación, versión 5.0 y el mecanismo de control y distribución de aportes anexos al mencionado otrosí. Así mismo se autorizó la realización de un desembolso a favor de Tren de Occidente por la suma de \$7.000.000.000 con cargo a los aportes estatales del tercer año, para ser utilizado de conformidad con el plan de inversión anexo a dicho otrosí. La realización de dicho desembolso fue encargada a Fiducolombia, en su condición de administradora del segundo patrimonio autónomo constituido por el concesionario. Dicho desembolso debía realizarse con la autorización de la interventoría del contrato, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el otrosí (hecho 15).

1.8.1.18. A través de la comunicación VCOM-0035-2002 del 25 de febrero de 2002, Fiduestado le manifestó a Tren de Occidente en respuesta a su misiva TDO-1193/02, su total desacuerdo con la constitución de otro patrimonio autónomo en Fiducolombia, para administrar los recursos que debe aportar Ferrovías para la realización de obras de rehabilitación, por considerar que los derechos a recibir tales sumas de dinero habían sido transferidos a título de fiducia irrevocable a favor de Fiduestado (hecho 16).

1.8.1.19. Mediante comunicación VCOM-0085-2002, de fecha 27 de febrero de 2002, Fiduestado le envió a Ferrovías copia de la comunicación VCOM 0035-2002, solicitándole información adicional acerca de las razones por las cuales se pactó con la sociedad concesionaria el otrosí 5 al contrato de concesión (hecho 17).

1.8.1.20. Mediante comunicación VCOM-0043-2002, de fecha 28 de febrero de 2002, Fiduestado pone en conocimiento de Fiducolombia S.A., que el patrimonio autónomo creado en esa fiduciaria se ha constituido con derechos de propiedad del fideicomiso Concesión Red Pacífica, administrado por Fiduciaria del Estado S.A. en virtud del contrato de fiducia mercantil irrevocable suscrito con la sociedad Tren de Occidente S.A. (hecho 18).

1.8.1.21. Mediante comunicación VCOM-0049-2002, de fecha 12 de marzo de 2002, Fiduciaria del Estado reitera a Tren de Occidente S.A., su solicitud de rendir en el menor tiempo posible explicaciones y gestionar, en cumplimiento de las obligaciones contraídas como fideicomitente, la consignación del aporte correspondiente al año 2002 al Fideicomiso Concesión Férrea Red Pacífica (hecho 19).

1.8.1.22. Entre Tren de Occidente y Fiduestado se cruzaron varias comunicaciones en relación con el conflicto que se presentó entre ellas con ocasión de la constitución de otro fideicomiso con Fiducolombia, haciendo mención de las siguientes comunicaciones: TDO-1286, recibida el día 13 de marzo de 2002, DJ-SG 072307, VCOM 063 y 064 de fecha 1º de abril de 2002, 274 de fecha 18 de abril de 2002, TDO-1397, DCBIE 0137 de fecha 25 de abril de 2002 y TDO-1415 de fecha 30 de abril de 2002 (hechos 20 a 26).

1.8.1.23. El 26 de abril de 2002 se llevó a cabo la primera reunión de negociación en desarrollo de la etapa de arreglo directo prevista en el contrato fiduciario, entre funcionarios de Fiduestado y de Tren de Occidente S.A., la cual fue suspendida por solicitud de los participantes quienes acordaron reanudarla, como en efecto ocurrió, el 29 de abril de 2002, designándose a la doctora Alicia Restrepo Ortega (asistente jurídica de la demandada) como secretaria de la reunión, a quien se le encomendó la elaboración del acta respectiva (hecho 27).

1.8.1.24. Mediante comunicación TDO-1436 de fecha 9 de mayo de 2002, Tren de Occidente S.A. remite para estudio y consideración de Fiduciaria del Estado S.A. el proyecto de “acta 1” correspondiente a las reuniones del 26 y 29 de abril de 2002 antes referidas, llevadas a cabo para el arreglo directo de las controversias surgidas entre las partes, en la cual cada una de las partes reiteró y complementó su posición frente a la controversia planteada, con mención expresa por parte de la demandada de ausencia de quejas o razones de desaprobación sobre la gestión de la fiduciaria actora como administradora del patrimonio autónomo, concluyéndose que la divergencia se reduce a un problema de estimación de una indemnización de perjuicios derivada de las comisiones que no se causarán a favor de Fiduestado sobre los recursos del plan de obras de rehabilitación de la Red Férrea del Pacífico que debían ingresar al patrimonio autónomo administrado por el operador fiduciario demandante, e ingresaron a otro fideicomiso. Se acuerda, en consecuencia, un plazo hasta el 16 de mayo de 2002 con el fin de que Fiduestado formule su reclamación económica (hechos 28 y 29).

1.8.1.25. Mediante comunicación VCOM-0085-2002 de fecha 15 de mayo de 2002, Fiduciaria del Estado S.A. reitera por escrito las solicitudes telefónicas que había realizado a Tren de Occidente para que, en desarrollo de lo acordado en la reunión del 29 de abril de 2002, y poder formular su pretensión indemnizatoria, le remitiera a la fiduciaria la información referente al monto y fecha de los recursos relacionados con la financiación de la ejecución del plan de obras de rehabilitación de la Red Férrea del Pacífico que fueron entregados a Fiducolombia S.A., al igual que los reembolsos realizados por Fiducolombia S.A. (hecho 30).

1.8.1.26. Mediante comunicación TDO-1456-02 de fecha 16 de mayo de 2002, Tren de Occidente informa sobre los aportes efectuados en Fiduestado, y en cuanto a lo requerido en la citada comunicación VCOM-0085-2002, informa que: “... la suma de USD\$ 28.394.331,88 (saldo del aporte del año 2001) fue debidamente depositado en el fideicomiso de administración y pagos administrado por Fiducolombia S.A.”.

1.8.1.27. Teniendo en cuenta que con lo señalado en la carta precedente Tren de Occidente S.A., no suministró la totalidad de la información pedida, mediante comunicaciones VCOM-0092-2002 de fecha 24 de mayo de 2002, VCOM-0096-2002 de mayo 29, y VCOM-0103-2002 de junio 7, Fiduciaria del Estado S.A., reitera a Tren de Occidente S.A., la solicitud de información contenida en la comunicación VCOM-0085-2002, requiriendo específicamente la fecha de entrega a Fiducolombia de los recursos relacionados con la financiación de la ejecución del plan de obras de rehabilitación y la fecha y monto de los reembolsos realizados por Fiducolombia, pues dicha información era indispensable para continuar con el procedimiento de arreglo directo, de conformidad con lo convenido en la reunión del 29 de abril de 2002 (hecho 32).

1.8.1.28. Al patrimonio autónomo “Fideicomiso - Concesión Red Pacífica” han ingresado las siguientes sumas de dinero derivadas de los aportes y entregas efectuadas por el fideicomitente —teniendo en cuenta los recursos aportados inicialmente por este y los destinados por Ferrovías a la ejecución del plan de obras de rehabilitación de la Red Férrea del Pacífico—:

Año de vigencia	De aporte	Fecha de ingreso	Valor del aporte en pesos	Valor del aporte en dólares
1	Aporte inicial fideicomitente	07-Jul-99	\$ 200.000	
	1	07—Jul—99		4200367,26
	2	01—Oct—99		3668324,84
	3	07—Ene—2000		833457,09

	4	27—Abr—2000	21141662,39
	4	27—Abr—2000	156188,42
2	5	27-Abr-2000	\$ 99.432.500,00
	6	01—Ago—2000	50000,00
	7	31—Oct—2000	50000,00

8	28—Feb—2001	:	3407120,95
9	02—Abr—2001	:	26418256,99

	10		04—Abr—2001	\$ 24622,06
3	10	04-Abr-2001	\$ 273.004.003,00	118481,55
	11		30—Jul—2001	\$ 1086219,78
	12		25—Oct—2001	\$ 400966,79

Total		\$ 131.505.254.877,00	61605668,12
-------	--	-----------------------	-------------

De acuerdo con lo previsto en las cláusulas 13, 17 numeral 4º, y 18.1 del contrato de fiducia mercantil pluricitado, Fiduciaria del Estado S.A., ha devengado comisiones, por administración y por rendimientos, respecto de los recursos referidos en el numeral precedente, por un valor total aproximado —sin IVA— de mil setecientos sesenta y nueve millones de pesos (\$ 1.769'000.000) (hechos 35 y 36).

1.8.1.29. Según se desprende de la información suministrada por Ferrovías, a través de su interventor en el contrato de concesión (oficio GEB2823 del Consorcio Gerenciar), los que a continuación se detallan, son los recursos que, a la fecha de la comunicación GEB 2823 del Consorcio Gerenciar, cuyos anexos fueron enviados por Ferrovías a Fiduestado mediante comunicación 0247 del 21 de julio de 2003, han ingresado al patrimonio autónomo constituido con ocasión del contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago de los aportes de Ferrovías para la ejecución del plan de obras de rehabilitación de la Red Pacífica, de fecha diciembre 10 de 2001, suscrito entre Tren de Occidente S.A., y Fiducolombia S.A.:

Vigencia	Aporte	Fecha giro fiducia	Fecha TRM	TRM	Valor en \$COL	Valor en US\$
Año 3	13	11—dic—2001	10—dic—2001	2.310,90	65.616.461.541	28.394.331,88
Año 4	14	24—abr—2002	23—abr—2002	2.259,88	10.501.300.000	4.646.839,66
	15		26—jun—2002	25—jun—2002	2.383,41	1.258.700,77
	16		24—jul—2002	23—jul—2002	2.517,42	1.038.563,29
	17		31—jul—2002	Acuerdo*	2.520,00	178.737,94

18	28—ago— 2002	Acuerdo*	2.520,00	525.793,65
19	06—nov— 2002	Acuerdo*	2.520,00	1.450.859,49
20	26—dic— 2002	Acuerdo*	2.520,00	2.111.500,25
21	26—mar— 2003	25—mar— 2003	2.956,06	14.789.004,94

	22	28—mar— 2003	27—mar— 2003	2.959,84	906.750,14
	Total aportado a patrimonio autónomo Fiducolombia a Marzo/2003			138.885.848,9 75	55.301.082,01

Tasa de cambio fijada en acta de Acuerdo 47

De igual manera, conforme a la misma información certificada por el Consorcio Gerenciar en sus oficios GEB2823 y GEB3044, los reembolsos —a octubre 28 de 2003— identificados bajo los números 147, 154, 221, 266, y 397 a 600, corresponden a retiros efectuados con cargo al patrimonio autónomo constituido con ocasión del contrato de fiducia mercantil, de fecha diciembre 10 de 2001, suscrito entre Tren de Occidente S.A. y Fiducolombia S.A. (hechos 38 y 39).

1.8.1.30. En consecuencia, no han ingresado al patrimonio autónomo “Fideicomiso — Concesión Red Pacífica” constituido con ocasión del contrato de fiducia mercantil celebrado el 20 de enero de 1999 entre la Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A. (hoy Tren de Occidente S.A.) y Fiduciaria del Estado S.A. (hoy en liquidación), lo que constituye incumplimiento del mismo, las siguientes sumas de dinero:

- La suma de USD \$28.394.331,88 correspondiente al saldo del aporte del año 3 (2001), y
- La suma de USD \$30.000.000 correspondiente a la totalidad del aporte del año 4 (2002) (hecho 40).

1.8.1.31. El incumplimiento de Tren de Occidente S.A., del contrato de fiducia mercantil ha causado perjuicios materiales a Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación), en su propio patrimonio, consistentes principalmente en las comisiones fiduciarias dejadas de recibir y a las que tenía derecho por concepto de remuneración, según lo convenido en el contrato, más los intereses y la corrección monetaria respectivos (hecho 41).

1.8.1.32. El gobierno nacional, mediante Decreto 1717 del 6 de agosto de 2002, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, ordenó la disolución y consiguiente liquidación de Fiduciaria del Estado S.A., estableciendo como plazo para su liquidación 2 años contados a partir de la entrada en vigencia del decreto, previendo que el liquidador, en desarrollo de lo dispuesto en los literales h) y o) del numeral 9 del artículo 295 del

estatuto orgánico del sistema financiero, puede ceder los negocios fiduciarios suscritos por la entidad, o propiciar acuerdos cuyo objeto consista en la continuación del negocio por otro fiduciario, antes de efectuar las restituciones a los fideicomitentes a que haya lugar (hecho 42).

1.8.1.33. Con posterioridad a la expedición del decreto antes mencionado, no se ha producido la cesión a otro fiduciario del contrato de fiducia mercantil celebrado por la demandante con Tren de Occidente, y las partes han venido desarrollando diversos y continuos actos de ejecución contractual, incluidos los informes mensuales de rendición de cuentas a cargo de la fiduciaria convocante (hecho 43).

1.8.2. Hechos presentados por la parte convocada en su escrito de demanda de reconvención reformada:

A continuación se presenta un resumen de los hechos de la demanda de reconvención reformada.

1.8.2.1. Ferrovías, el 11 de febrero de 1998 abrió la licitación pública 001-98 para, previo el proceso de selección adjudicar a un concesionario el contrato para la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte ferreño de carga de la Red Pacífica (hecho 1).

1.8.2.2. El 4 de noviembre de 1998, mediante resolución 820, fue adjudicado el contrato de concesión antes mencionado, a la Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A. (hoy Tren de Occidente S.A.), el cual fue suscrito el 18 de diciembre de 1998, estableciéndose en el numeral 4.3 y en la cláusula 27 la obligación de celebrar un contrato de fiducia para la administración y fuente de pago de los recursos destinados a la financiación del plan de obras de rehabilitación, diferentes de los que deberán ser aportados por el concesionario. Se acordó que fuera Fiduestado la entidad que administrara dichos recursos (hechos 2 y 3).

1.8.2.3. Ferrovías se obligó a efectuar aportes para las obras de rehabilitación de la red férrea en cuantía de ciento veinte millones de dólares (USD 120.000.000), a razón de treinta millones de dólares anuales (USD 30.000.000) en un plazo de cuatro años (hecho 4).

1.8.2.4. Tren de Occidente actuando como fideicomitente, en desarrollo de lo previsto en el contrato de concesión, celebró con Fiduestado el contrato de fiducia mercantil el 20 de enero de 1999, y allí se estableció que la fiduciaria en nombre del concesionario recibiría los recursos que aporte Ferrovías, en la cláusula 4^a del contrato de fiducia mercantil se expresó que la fiduciaria recibiría en nombre del fideicomitente y/o del patrimonio autónomo los recursos aportados por Ferrovías, y los contabilizaría como ingresos efectuados por el fideicomitente en dicho patrimonio, el cual se denominó “Fideicomiso-Concesión Red Pacífica” en la cláusula 6^a, en la cláusula 8^a del contrato fiduciario estableció como beneficiarios, al fideicomitente Tren de Occidente S.A. y a Ferrovías y en las cláusulas 9^a y 10^a determinaron los beneficios de cada una (hechos 5 a 7).

1.8.2.5. El 6 de diciembre de 2001, se suscribió el otorgamiento número 5 al contrato de concesión a través del cual modificó la cláusula 27 de dicho contrato, previéndose que los recursos aportados por Ferrovías deberían ser recibidos y administrados a través de dos fideicomisos de administración y fuente de pago, constituidos por el concesionario y administrados por sociedades fiduciarias debidamente autorizadas por la (*) Superintendencia Bancaria (hecho 8).

1.8.2.6. A Fiduestado le fue cancelado el permiso de funcionamiento mediante Resolución 0648 del 2 de julio de 2003 de la (*) Superintendencia Bancaria (hecho 9).

1.8.2.7. Adicionalmente, se hace mención a las cláusulas 15, 15.4, 16, 6 del contrato de fiducia con Fiduestado (hechos 6 a 13).

1.8.2.8. La cláusula 7^a original del contrato de fiducia entre Tren de Occidente S.A. y Fiduestado decía lo siguiente:

“Cláusula 7. Disposición de los rendimientos de los recursos

Los rendimientos que produzcan los saldos a partir del año de haber sido efectuados los desembolsos por Ferrovías en favor del fideicomiso que se constituye por este contrato no harán parte del patrimonio autónomo, sino que se

pagarán a Ferrovías, para lo cual se realizarán cortes mensuales” (subrayado fuera de texto).

Posteriormente, mediante otrosí 1, que no tiene fecha de suscripción, las partes modificaron la redacción de dicha cláusula, la cual quedó como sigue: “Los intereses que produzcan las sumas ingresadas durante determinado año al patrimonio autónomo durante los años posteriores a aquél que se efectuó la entrega no se integrarán al patrimonio autónomo, sino que se pagarán a Ferrovías para lo cual se realizarán cortes mensuales”.

A pesar de que el texto de la cláusula 7^a que fue modificada por el otrosí 1, no quedó con las comas como signos de puntuación que extrañamente se ponen en el texto transcrita entre comillas en la contestación de la demanda de reconvención, para Tren de Occidente S.A., fue claro que los rendimientos durante el año después de haberse hecho cada aporte por parte de la Nación, pertenecían al patrimonio autónomo tal como se reconoció posteriormente por la dirección general de presupuesto del Ministerio de Hacienda en concepto de junio 25 de 2002; por Ferrovías y Tren de Occidente S.A., mediante el acta 46 de julio 12 de 2002 y el otrosí número ocho al contrato de concesión de fecha julio 31 de 2002; y por la misma Fiduestado según comunicación de septiembre 13 de 2002 dirigida a Tren de Occidente S.A. y Ferrovías, y según el giro de rendimientos a la Nación, ahora sí en forma correcta, dando cumplimiento al otrosí 8 del contrato de concesión.

El texto de la cláusula primera del otrosí 1 que cita el demandado en reconvención en su contestación tiene otro sentido muy diferente al que le atribuye, poniéndole como se dijo antes las comas que el texto original no tiene. En la parte de los considerandos del mismo otrosí, la consideración cuarta refleja la intención de las partes del contrato de fiducia que no es otra que la de precisar, no la de modificar, la aplicación de la cláusula 7^a, al expresar lo siguiente:

“Cuarta. De acuerdo con lo solicitado por Ferrovías, el fideicomitente y fiduciario (sic), han considerado necesario realizar un ajuste a la cláusula séptima, disposición de los rendimientos de los recursos, en el sentido de precisar que los intereses que produzcan los saldos a partir del año de haber sido efectuados los desembolsos por Ferrovías en favor del fideicomiso que se constituye por este contrato no harán parte del patrimonio autónomo, sino que se pagarán a Ferrovías, para lo cual se realizarán cortes mensuales”.

Mediante el otrosí número 8 al contrato de fiducia, se confirmó el sentido y alcance del otrosí 1 a que hace referencia su consideración cuarta, puesto que en ambos textos es claro que a Ferrovías le pertenecen únicamente los rendimientos que generen los saldos de sus aportes que están sin utilizar después del año de haberse efectuado (hecho 14).

1.8.2.9. Fiduestado incumplió el contrato de fiducia mercantil al hacer una aplicación equivocada de la cláusula 7^a transcrita en el hecho anterior, y procedió de la siguiente manera: sobre el primer aporte que efectuó Ferrovías en julio 7 de 1999, no se esperó un año como manda la cláusula 7^a para determinar cual suma quedaba aún en el patrimonio autónomo y así causar desde ese momento y pagar los rendimientos al tesoro nacional, sino que hizo el corte a diciembre 31 de 1999, y sobre el saldo a esta fecha, comenzó a causar y girar los rendimientos a favor del tesoro nacional. Así las cosas, los rendimientos entre el primero de enero de 2000 y el 6 de julio de 2000 que le correspondían al patrimonio autónomo, Fiduestado los giró erróneamente a la dirección del tesoro nacional (hecho 15).

1.8.2.10. Los pagos indebidos a favor de la dirección del tesoro nacional y no a favor del patrimonio autónomo como correspondía, los siguió efectuando Fiduestado sobre todos los aportes anuales que hizo Ferrovías, hasta julio 10 de 2002. La suma de todos esos giros erróneos arroja la cifra de tres mil setecientos ochenta y nueve millones ciento doce mil ochocientos treinta y nueve pesos con sesenta y siete centavos (\$ 3.789.112.839,67).

Con la conducta desplegada por Fiduestado según los dos hechos anteriores, se causó un perjuicio al patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Concesión Red Pacífica, por cuanto dejaron de ingresar la suma de tres mil setecientos ochenta y nueve millones ciento doce mil ochocientos treinta y nueve pesos con sesenta y siete centavos (\$ 3.789.112.839,67) más los rendimientos que esta misma suma hubiera producido, unos y otros que se tenían que destinar a las obras de rehabilitación según el contrato de fiducia (hecho 16 y 16 BIS).

1.8.2.11. El 13 de septiembre de 2002 Fiduestado le envió a Tren de Occidente S.A., la comunicación

DCBIE0339, mediante la cual hace un recuento del cálculo de los rendimientos generados por el patrimonio autónomo hasta julio 31 de 2002, y llega a la cifra indicada en el hecho anterior, admitiendo en la última página que esa cifra la giró la fiduciaria “en exceso” (hecho 17).

1.8.2.12. Fiduestado, obedeciendo órdenes del beneficiario Ferrovías, hizo los giros a favor del tesoro nacional mencionados en los dos hechos anteriores (hecho 18).

1.8.2.13. El 29 de marzo de 2001 se verificó un comité operativo de la Concesión Red Férrea del Pacífico y a dicho comité asistió el señor Andrés Bermúdez Rojas en representación de Fiduestado. En ese comité el representante de Fiduestado sostiene que los rendimientos producidos por el patrimonio autónomo pertenecen a este patrimonio y que se deben contabilizar como un mayor valor de los aportes de Ferrovías y que esa “...rentabilidad se debería contabilizar como un mayor valor de los aportes de Ferrovías, lo cual a todas luces no se ha venido haciendo”, al paso que el interventor del contrato señor Abraham Palacio afirma que aquellos se deben girar a la tesorería general de la Nación.

El señor Bermúdez expresa finalmente que esa discusión significa que existe una condición suspensiva que no permite determinar el beneficiario de los rendimientos y que por lo tanto se deben pagar impuestos.

El comité aprobó el pago de impuestos, en el entendido de que en el momento en que se defina el beneficiario de los rendimientos y este fuese Ferrovías se deberá solicitar la devolución de impuestos (hecho 19).

1.8.2.14. El comité operativo del fideicomiso se volvió a reunir el 31 de enero de 2002 por convocatoria que hizo el fideicomitente Tren de Occidente S.A. En esta reunión la representante de Fiduestado doctora Guiovanna Silva requirió a Tren de Occidente S.A., y a Ferrovías para que se llegara a un acuerdo “que establezca la propiedad de los rendimientos financieros y el procedimiento que debe utilizarse para la liquidación de los mismos”. No hubo acuerdo en aquella reunión, y sin embargo la fiduciaria siguió haciendo giros sucesivos al tesoro nacional durante seis meses más hasta julio de 2002 (hecho 20).

1.8.2.15. El comité operativo del fideicomiso se volvió a reunir el 26 de julio de 2002, y el mismo Ferrovías acogió el concepto que en el mes de junio de 2002 emitió el director general de presupuesto del Ministerio de Hacienda, en el sentido de que los rendimientos que generen los aportes durante el primer año contado a partir de que estos se efectúen, pertenecen al patrimonio autónomo.

La doctora Flor Ángela Cárdenas, gerente de negocio de Fiduestado sugirió que el cálculo de los rendimientos fuera retroactivo desde el primer día en que se hizo el primer aporte. Los representantes de Ferrovías y el asesor externo asintieron con que el cálculo de los rendimientos se hiciera en forma retroactiva (hecho 21).

1.8.2.16. Con anterioridad al comité del 26 de julio de 2002, los representantes de Ferrovías y Tren de Occidente S.A., firmaron el acta de acuerdo número 46 en cuya cláusula 1^a se estableció que “los intereses o rendimientos que produzcan los aportes efectuados por Ferrovías e ingresados al patrimonio autónomo, se pagarán a Ferrovías a partir del vencimiento del año contado desde la fecha de ingreso del aporte que generó los intereses o rendimientos, en el evento en que estos existan total o parcialmente por no haber sido consumidos” (hecho 22).

1.8.2.17. El día 30 de julio de 2002 se firmó el otrosí 8 al contrato de concesión, documento este en donde quedó aclarado que al tesoro nacional le corresponderían los rendimientos que se causaran sobre los saldos de los aportes que quedaran después de un año de haberse efectuado (hecho 23).

1.8.2.18. Posteriormente en reunión del 16 de enero de 2003 del comité operativo del Fideicomiso, el señor Jorge Luis Gómez, representante de la nueva administración de Ferrovías, ante las solicitudes de Fiduestado para que Ferrovías y Tren de Occidente S.A. le impartieran instrucciones para hacer la compensación de los rendimientos futuros con los rendimientos retroactivos a julio de 2000, manifestó que esa nueva administración decidió que el otrosí número 8 se aplica a partir del 30 de julio de 2002 “...con las consecuencias que vengan sin discutir nada”. Agregó que el valor que se le giró a la Nación por concepto de rendimientos “es un hecho cumplido que no tiene reversa...” y que “...no sería presentable requerir ante la administración del tesoro nacional una devolución de recursos, ni siquiera a manera de insinuación ” (hecho 24).

1.8.2.19. Fiduestado, como administradora del patrimonio autónomo, no ha hecho ninguna gestión para obtener la devolución de los rendimientos que a este le pertenece. Solo hasta septiembre 13 de 2002 envió una misiva a Ferrovías y a Tren de Occidente S.A. en la cual reconoce que se giró en exceso la de suma tres mil setecientos ochenta y nueve millones ciento doce mil ochocientos treinta y nueve pesos con sesenta y siete centavos (\$ 3.789.112.839,67). Después del 13 de septiembre de 2002 no ha cumplido con sus obligaciones como fiduciaria de los recursos fideicomitidos (hecho 25).

1.8.2.20. El día 24 de agosto de 2004, se verificó una reunión entre representantes del INCO y de Tren de Occidente, acta 004, en la cual el INCO reiteró lo manifestado en la comunicación 05014 de agosto 9 de 2004, en cuanto al trámite que se debe seguir para la solicitud de devolución de los rendimientos financieros consignados a favor del tesoro nacional. En la misma reunión quedó claro que el concepto sobre la devolución de los rendimientos lo dará el INCO cuando lo solicite el tesoro nacional pero que “sin embargo, se le indica al concesionario que el INCO está de acuerdo con que Fiduestado efectúe el trámite de devolución en mención” (hecho 25 Bis 1).

Fiduestado se ha negado a adelantar el trámite para la devolución de los rendimientos a pesar de la disposición del tesoro nacional y del INCO para resolver la solicitud. Por tal negativa, Tren de Occidente recurrió a Fiducolombia para que previa cesión del contrato de fiducia fuera esta quien adelantara el trámite de devolución de los rendimientos, pero Fiducolombia fue del parecer que es a Fiduestado a quien le corresponde esa gestión (hecho 25 bis).

1.8.2.21. El 30 de diciembre de 2003, mediante comunicación TDO-0845-03, el gerente de Tren de Occidente S.A., le requirió al gerente liquidador de Fiduestado entrar a la etapa de arreglo directo prevista en la cláusula 25 del contrato de fiducia mercantil de enero 20 de 1999 para ventilar la reclamación de Tren de Occidente S.A., sobre el reintegro de la suma de tres mil setecientos ochenta y nueve millones ciento doce mil ochocientos treinta y nueve pesos con sesenta y siete centavos (\$ 3.789.112.839,67) (hecho 26).

1.8.2.22. El 21 de enero de 2004 el liquidador (e) de Fiduestado dirigió la comunicación GL-085 al gerente de Tren de Occidente S.A., en la cual se niega adelantar la etapa de arreglo directo manifestando lo siguiente: “en repuesta a la comunicación de la referencia, atentamente le manifiesto que el proceso liquidatorio por el que atraviesa la sociedad unido a la complejidad de los hechos objeto de discusión a que alude su misiva, no le permite a la Fiduciaria del Estado S.A., participar en la propuesta de arreglo directo que usted plantea en su calidad de gerente general de la sociedad Tren de Occidente S.A.” (hecho 27).

1.8.2.23. El comité operativo del fideicomiso según acta 3 del 29 de marzo de 2001 autorizó que la fiduciaria declarara impuesto de renta sobre los rendimientos, bajo el entendido de que en el momento en que se definiera quien era el beneficiario de los mismos, Fiduestado tendría que solicitar la devolución de impuestos. Por lo tanto, Fiduestado declaró renta por los períodos gravables de 2000 y 2001 con el correspondiente pago de los impuestos. Pero cuando el 31 de julio de 2002 se firmó el otrosí 8 al contrato de concesión, desapareció la supuesta condición suspensiva para la definición de los beneficiarios de los rendimientos, puesto que quedó plenamente determinado que sería la Nación ese beneficiario, después del año de efectuados los aportes, y que los rendimientos causados durante el año siguiente a la fecha en que se hicieren los aportes pertenecen al patrimonio autónomo.

1.8.2.24. No obstante que ya estaba definido el beneficiario de los rendimientos al corte de diciembre 31 de 2002, Fiduestado, en abril de 2003 pagó la suma de mil ochocientos veintiséis millones trescientos noventa y ocho mil pesos (\$1.826.398.000) por el período gravable de 2002 (hecho 30).

1.8.2.25. El artículo 102 del estatuto tributario obliga es a que los patrimonios autónomos declaren renta y paguen el impuesto respectivo, siempre y cuando exista una condición suspensiva o resolutoria que impida determinar quién es el beneficiario de los rendimientos en el respectivo corte fiscal (hecho 30).

1.8.2.26. Está corriendo el término de dos años que establece la ley para efectuar la corrección de la declaración de renta del período gravable de 2002 que se presentó en abril de 2003, y a pesar de poder obtener la devolución de impuestos por la cuantía mencionada (hecho 31).

1.8.2.27. Fiduestado, ni liquida el fideicomiso habiendo debido hacerlo hace ya casi dos años (hecho 31).

1.8.2.28. Fiducolombia le ha dado un correcto manejo a los tributos del patrimonio autónomo y es así como la doctora Adriana Gicela Monsalve Agamez, gerente técnico de impuestos de Fiducolombia, el día 9 de agosto de 2004 certificó que “el contrato de fiducia de la referencia no creó un patrimonio autónomo contribuyente a la luz de lo dispuesto en el artículo 102 del estatuto tributario. Teniendo en cuenta que el beneficiario del patrimonio autónomo está plenamente identificado”.

1.8.3. Pretensiones y excepciones formuladas por las partes.

El ejercicio del derecho de acción y de réplica se ha presentado así en este trámite:

1.8.3.1. Pretensiones de la parte convocante.

Con apoyo en su relato de los hechos y la normatividad invocada en su escrito de demanda, la parte convocante solicita al tribunal que decrete lo siguiente:

“Primera. Se declare que entre la sociedad Tren de Occidente S.A. (antes Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A.) y la sociedad Fiduciaria del Estado S.A. (hoy en liquidación), se suscribió el 20 de enero de 1999 un contrato de fiducia mercantil rotulado por las partes “de administración y pagos de los recursos aportados por Ferrovías para la ejecución del plan de obras de habilitación previsto en el contrato de concesión de la red pacífica”.

“Segunda. Se declare que la sociedad Tren de Occidente S.A. (antes Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A.) es civilmente responsable ante Fiduciaria del Estado S.A. (hoy en liquidación) por el incumplimiento del contrato de fiducia mercantil referido en la pretensión anterior”.

“Tercera. Se condene, en consecuencia, a la sociedad Tren de Occidente S.A. (antes Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A.) a pagar a favor de Fiduciaria del Estado S.A. (hoy en liquidación), el valor de los perjuicios causados por su incumplimiento, consistentes en la remuneración o las comisiones contractuales dejadas de recibir por la sociedad demandante, o cualquier otra indemnización que resultare probada en este proceso arbitral”.

“Cuarta. Se condene a la sociedad Tren de Occidente S.A. (antes Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A.) a pagar a Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación), los intereses de mora causados, desde la fecha en que debieron pagarse las comisiones fiduciarias adeudadas y la fecha efectiva del pago”.

“Cuarta subsidiaria. En subsidio de la pretensión cuarta principal anterior, solicito se condene a la sociedad Tren de Occidente S.A. (antes Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A.) a pagar a Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación) sobre la suma determinada en la pretensión tercera, la corrección monetaria y/o los intereses legales que correspondan”.

“Quinta. Se condene a la sociedad demandada al pago de las costas y agencias en derecho del proceso”.

1.8.3.2. Pretensiones de la parte convocada en su escrito de demanda de reconvenCIÓN reformada.

En su escrito de reforma a la demanda de reconvenCIÓN, la parte convocada solicita al tribunal que decrete lo siguiente:

“Primera. Se declare que entre la sociedad Tren de Occidente S.A. (antes Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A.) y la sociedad Fiduestado S.A. (hoy Fiduestado S.A. en liquidación) se celebró el 20 de enero de 1999 un contrato de fiducia mercantil denominado “de administración y pagos de los recursos aportados por Ferrovías para la ejecución del plan de obras de rehabilitación previsto en el contrato de Concesión de la Red Pacífica”.

“Segunda. Se declare que la sociedad denominada Fiduestado S.A. en liquidación, es responsable civilmente en forma directa ante el patrimonio autónomo denominado fideicomiso - Concesión Red Pacífica, y ante la sociedad

Tren de Occidente S.A. como fideicomitente y beneficiario del mismo patrimonio autónomo, por el incumplimiento del contrato de fiducia mercantil referido en la primera pretensión, derivado del pago indebido a favor de la dirección del tesoro nacional, de la suma de tres mil setecientos ochenta y nueve millones ciento doce mil ochocientos treinta y nueve pesos con sesenta y siete centavos (\$ 3.789.112.839,67) girados entre julio 31 de 2000 y julio 31 de 2002, pago que ha debido hacerse a favor de dicho patrimonio autónomo”.

“Segunda subsidiaria. Se declare que la sociedad denominada Fiduestado S.A. en liquidación, es responsable civilmente en forma directa ante el patrimonio autónomo denominado fideicomiso —Concesión Red Pacífica, y ante la sociedad Tren de Occidente S.A. como fideicomitente y beneficiario del mismo patrimonio autónomo, por el incumplimiento del contrato de fiducia mercantil referido en la primera pretensión, derivado de su omisión en la defensa de los bienes que integran el patrimonio autónomo, al no haber agotado las acciones tendientes a obtener el reintegro a favor del patrimonio autónomo denominado fideicomiso — Concesión Red Pacífica, de la suma de tres mil setecientos ochenta y nueve millones ciento doce mil ochocientos treinta y nueve pesos con sesenta y siete centavos (\$ 3.789.112.839,67) girados entre julio 31 de 2000 y julio 31 de 2002, indebidamente a favor de la dirección del tesoro nacional, pago que debió hacerse a favor de dicho patrimonio autónomo”.

“Tercera: Se declare que la sociedad denominada Fiduestado S.A. en liquidación, es responsable civilmente en forma directa ante el patrimonio autónomo denominado fideicomiso — Concesión Red Pacífica, y ante la sociedad Tren de Occidente S.A. como fideicomitente y beneficiario del mismo patrimonio autónomo, por el incumplimiento del contrato de fiducia mercantil referido en la primera pretensión, derivado del pago indebido del impuesto de renta del período gravable de 2002 por la suma de mil ochocientos veintiséis millones trescientos noventa y ocho mil pesos (\$ 1.826.398.000).

“Tercera subsidiaria. Se declare que la sociedad denominada Fiduestado S.A. en liquidación, es responsable civilmente en forma directa ante el patrimonio autónomo denominado fideicomiso — Concesión Red Pacífica, y ante la sociedad Tren de Occidente S.A. como fideicomitente y beneficiario del mismo patrimonio autónomo por el incumplimiento del contrato de fiducia mercantil referido en la primera pretensión, derivado de su omisión en la defensa de los bienes que integran el patrimonio autónomo al no haber agotado las acciones tendientes a obtener el reintegro a favor del patrimonio autónomo denominado fideicomiso — Concesión Red Pacífica, de la suma de mil ochocientos veintiséis millones trescientos noventa y ocho mil pesos (\$ 1.826.398.000), pagados en forma indebida por concepto del impuesto de renta del período gravable del 2002.

“Cuarta. Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad civil correspondiente a la pretensión segunda o segunda subsidiaria, se condene a la sociedad Fiduestado S.A. en liquidación al pago y consignación en el patrimonio autónomo denominado fideicomiso Concesión Red Pacífica que hoy en día administra Fiduocolombia S.A., de la suma de tres mil setecientos ochenta y nueve millones ciento doce mil ochocientos treinta y nueve pesos con sesenta y siete centavos (\$ 3.789.112.839,67), más la indexación conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, indexación que deberá liquidarse desde las fechas de cada uno de los desembolsos efectuados entre julio 31 de 2000 y julio 31 de 2002”.

“Quinta. Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad civil correspondiente a la pretensión tercera o tercera subsidiaria, se condene a la sociedad Fiduestado S.A. en liquidación al pago y consignación en el patrimonio autónomo denominado fideicomiso —Concesión Red Pacífica que hoy en día administra Fiduocolombia S.A., de la suma de mil ochocientos veintiséis millones trescientos noventa y ocho mil pesos (\$ 1.826.398.000), más la indexación conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE indexación que deberá liquidarse desde las fechas de pago de cada cuota que junto con las demás cuotas arrojaron la suma de dinero objeto de la presente pretensión”.

“Sexta. Que se condene a la sociedad denominada Fiduestado S.A. en liquidación al pago de los intereses de mora a la tasa máxima autorizada por la ley, liquidados sobre las sumas de dinero objeto de las condenas a que se refieren las pretensiones cuarta y quinta, desde las fechas en que se hicieron los pagos indebidos.

“Séptima. Que se condene a Fiduestado S.A. en liquidación al pago de las costas y las agencias en derecho de este proceso”.

1.8.4. Contestación y excepciones de las partes.

1.8.4.1. Contestación de la demanda y formulación de excepciones de la parte convocada.

Frente a las pretensiones, la parte convocada se opuso a todas y cada una de ellas, con excepción de la pretensión primera.

Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones, que denominó de fondo:

- Caducidad de la acción contractual.
- Inexistencia de incumplimiento por parte de Tren de Occidente S.A.
- Inexistencia de responsabilidad civil de Tren de Occidente S.A. ante Fiduestado.
- Ausencia de Mora en el pago de prestaciones de Tren de Occidente S.A. a Fiduestado.
- El contrato de fiducia mercantil celebrado entre Fiduestado y Tren de Occidente S.A. es un contrato accesorio del contrato de concesión celebrado entre Tren de Occidente S.A. y la Empresa Colombiana de Vías Férreas.
- Incumplimiento por parte de Fiduestado de sus deberes; negligencia y falta de diligencia.

1.8.4.2. Contestación de la demanda de reconvención reformada de la parte convocante.

En cuanto a las pretensiones, Fiduestado se opone a todas y cada una de ellas a excepción de la pretensión primera. Así mismo en relación con los hechos, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Por último, en su escrito de contestación de la demanda de reconvención reformada, la parte convocada en reconvención no formuló expresamente excepciones de mérito, pero en su alegato de conclusión el apoderado de Fiduestado propuso las siguientes defensas:

- La cláusula séptima del contrato de fiducia mercantil y su aplicación práctica por parte de los contratantes.
- Ratificación del pago de rendimientos efectuados hasta julio de 2002 de Tren de Occidente, y la aplicación no retroactiva del Acuerdo 46 y el otrosí 8 al contrato de concesión.
- Vulneración de la doctrina de los actos propios y la legítima confianza por parte de Tren de Occidente.
- Inexistencia de incumplimiento por inacción fiduciaria para obtener la devolución de rendimientos girados.
- Concurrencia de los supuestos legales para la tributación del Fideicomiso durante toda la vigencia del contrato, incluido el año gravable 2002.
- Aquiescencia del fideicomitente y/o del comité operativo del fideicomiso en el pago del impuesto de renta.
- Ausencia de incumplimiento contractual por no presentación de solicitud de devolución ante la DIAN del impuesto pagado.

2. Consideraciones.

A continuación, el tribunal procede a desarrollar los análisis, valoraciones consideraciones y conclusiones que, en derecho, a la luz de los hechos probados y la normatividad legal aplicable en el presente caso, motivan las decisiones que respecto de las diversas pretensiones, excepciones y defensas propuestas por las partes de este trámite se expresan en la parte resolutiva del presente laudo.

Para el efecto, se estudian las controversias planteadas por las partes en el mismo orden en que fueron introducidas

al presente proceso, esto es, comenzando con la demanda principal incoada por Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación), su contestación y los medios de defensa de la parte convocada, y siguiendo luego con la demanda de reconvención reformada de Tren de Occidente S.A., su contestación y excepciones.

Para efectos de simplicidad y brevedad, a lo largo del presente acápite se emplearán las siguientes abreviaturas:

- A la parte convocante y convocada en reconvención, Fiduciaria del Estado S.A. (Fiduestado S.A. en liquidación), se le denominará en adelante Fiduestado o la Fiduciaria.
- A la parte convocada y convocante en reconvención, Tren de Occidente S.A., se le denominará en adelante Tren de Occidente o el fideicomitente.
- A la Empresa Colombiana de Vías Férreas — Ferrovías, se le denominará en adelante Ferrovías.
- Al contrato de concesión de fecha 18 de diciembre de 1998, celebrado entre Ferrovías y la Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A. (hoy Tren de Occidente S.A.), se le denominará en adelante el contrato de concesión.
- Al contrato de fiducia mercantil rotulado “contrato de fiducia mercantil de administración y pagos de los recursos aportados por Ferrovías para la ejecución del plan de obras de rehabilitación previsto en el contrato de Concesión de la Red Pacífica”, de fecha 20 de enero de 1999, celebrado entre Tren de Occidente como fideicomitente y Fiduestado como fiduciaria, se le denominará en adelante el contrato de fiducia o el fideicomiso.

2.1. La demanda de Fiduestado.

Pasa el tribunal a resolver las controversias cuya solución le han confiado las partes, en el mismo orden en que fueron vinculadas al proceso. En primer lugar se ocupará de la demanda de la parte convocante, Fiduestado, contra Tren de Occidente.

2.1.1. La estructura de la reclamación.

A términos del libelo correspondiente, Fiduestado ha incoado un grupo de pretensiones declarativas y de condena cuya estructura puede describirse así:

- Que entre Tren de Occidente y Fiduestado, se suscribió el 20 de enero de 1999 un contrato de fiducia mercantil rotulado por las partes “de administración y pagos de los recursos aportados por ferrovías para la ejecución del plan de obras de habilitación (sic) previsto en el contrato de Concesión de la Red Pacífica”.
- Que Tren de Occidente incumplió el contrato de fiducia y que por ese incumplimiento debe responderle a Fiduestado. A esto se contrae la segunda pretensión.
- Que el incumplimiento consistió en abrir otro fideicomiso, en otra fiduciaria, y desviar hacia él unos importantes desembolsos de Ferrovías que han debido efectuarse en la fiducia mercantil que operaba Fiduestado. No existe una pretensión con esta especificidad, pero así hay que entenderlo a partir de una lectura sistemática de los hechos y las pretensiones de la demanda.
- Vienen luego las pretensiones consecuenciales (de condena) que son la tercera (reparación del daño), la cuarta y la cuarta subsidiaria (accesorios) y la quinta (costas).

2.1.2. Origen y función del contrato de fiducia mercantil, en este caso.

Ferrovías, ente estatal en los términos y para los efectos de la Ley 80 de 1993, abrió el proceso de licitación pública 001-98, para la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte férreo de carga de la Red Pacífica, y el correspondiente contrato de concesión fue adjudicado a la sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A., que más adelante se denominó Tren de Occidente S.A. La suscripción del contrato de concesión ocurrió el día 18 de diciembre de 1998.

En este contrato de concesión y como parte de sus instrumentos ejecutivos⁽¹⁾ se previó la constitución de un patrimonio autónomo en los términos del Código de Comercio, esto es, de una fiducia mercantil, de administración y fuente de pago, por parte del concesionario, para que sirviera de mecanismo destinatario de los desembolsos que haría Ferrovías por efecto del contrato de concesión y con el fin, esencial en aquel diseño contractual, de que los recursos públicos correspondientes estuvieran destinados en forma segura a los cometidos estatales implicados en el contrato de concesión. Para los efectos anteriores, inclusive, formaba parte de los anexos de la documentación relativa a la selección del contratista una minuta del contrato de fiducia mercantil (proforma 8)⁽²⁾.

Dicho instrumento fiduciario estaba previsto desde el pliego de condiciones que contiene los términos bajo los cuales Ferrovías ofreció en concesión los bienes que integran la Red Pacífica. Al respecto, en el escrito de alegatos de conclusión de Tren de Occidente (pág. 7) se recuerdan las siguientes cláusulas del mencionado pliego de condiciones:

“La cláusula 3.6.4. estableció lo siguiente:

‘El concesionario constituirá a su cargo un fideicomiso que será administrado por una sociedad fiduciaria que se encuentre debidamente autorizada por la (*) Superintendencia Bancaria para realizar operaciones en el país, al cual Ferrovías trasladará el valor de los aportes que corresponda efectuar, de acuerdo con los requerimientos de aportes que haya incluido el concesionario en la proforma 6 de la propuesta favorecida’.

‘Esta fiducia será constituida por los proponentes bajo la única condición suspensiva resolutoria (sic) de adjudicarse la licitación, y se mantendrá hasta tanto el concesionario culmine la ejecución de las labores de rehabilitación inicial de la totalidad de la red y el fideicomiso haya cumplido sus fines hasta la última rendición de cuentas a Ferrovías.

‘El proponente deberá allegar con su propuesta el contrato de fiducia suscrito por las partes en los términos de la minuta incluida como proforma 8 del presente pliego’”.

“De su parte, en la cláusula 3.9.2, ordinal e del pliego se indicó lo siguiente como una de las obligaciones del concesionario:

‘Asumir por su cuenta y costo la remuneración y demás gastos que deban sufragarse en razón a la ejecución del contrato fiduciario a que se refiere el numeral 3.6.4 del presente pliego, para la administración de los aportes que efectúe Ferrovías al concesionario para la ejecución de las obras para la rehabilitación inicial de la totalidad de la red’”.

El contrato de fiducia se firmó el 20 de enero de 1999 y casi dos años más tarde, el 6 de diciembre de 2001, las partes del contrato de concesión suscribieron el otorgó 5 al mismo, en el que modificaron su original cláusula 27 para convenir:

“Cuarta. Los recursos destinados a la financiación de la ejecución del plan de obras de rehabilitación, diferentes de aquellos que deberán ser aportados por el concesionario, deberán ser recibidos y administrados a través de dos (2) fideicomisos de administración y fuente de pago, constituidos por el concesionario, a su cargo y administrados por sendas sociedades fiduciarias que se encuentren debidamente autorizadas por la (*) Superintendencia Bancaria para realizar operaciones en el país, los cuales cumplirán en forma independiente sus respectivas obligaciones derivadas de la calidad de fiduciarios.

“Los contratos de fiducia mercantil de administración y fuente de pago que celebre el concesionario con las correspondientes sociedades fiduciarias, deberán ajustarse íntegramente a la minuta incluida como proforma 8 del pliego de condiciones de la licitación”.

“Estas dos fiducias se mantendrán hasta tanto el concesionario culmine la ejecución del plan de obras de rehabilitación”.

Esta modificación se adoptó teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

“5. Que la Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A., hoy Tren de Occidente S.A., mediante comunicación de fecha 5 de diciembre de 2001, planteó una serie de consideraciones administrativas, jurídicas y de conveniencia, conducentes a demostrar que la constitución de dos fideicomisos de administración y fuente de pago para el manejo de los aportes que debe efectuar la Empresa Colombiana de Vías Férreas - Ferrovías, contribuye positivamente a la más eficiente y segura aplicación de dichos fondos en beneficio del proyecto y no afecta las potestades de supervisión y control que posee la entidad pública con respecto al manejo y administración de esos recursos.

“6. Que la Empresa Colombiana de Vías Férreas - Ferrovías, encuentra aceptables las consideraciones expuestas por el concesionario, a condición de que se cumplan las exigencias que se incluirán en la cláusula cuarta de este otrosí”.

Los anteriores hechos —que explican el origen del contrato de fiducia que existe entre Fiduestado y Tren de Occidente y la necesaria correlación que tenía con el contrato de concesión— no son materia de controversia y se encuentran admitidos en forma pacífica por la convocada al contestar la demanda de Fiduestado.

2.1.3. Las posiciones de las partes: Fiduestado v. Tren de Occidente.

La controversia se centra en la procedibilidad o factibilidad jurídica, en este caso concreto, de una segunda fiducia mercantil para los mismos fines de la concesión que existe entre Ferrovías y Tren de Occidente, punto en el que Fiduestado pretexts una especie de exclusividad o derecho en firme a que todos los desembolsos de Ferrovías por razón del contrato de concesión con Tren de Occidente tenían que haber sido transferidos al patrimonio autónomo por ella administrado y del que es su vocero. Y al no haber ocurrido esto, a partir de la constitución por Tren de Occidente de un segundo patrimonio autónomo en Fiducolombia, ello constituye un incumplimiento contractual que le ha causado un daño (comisiones dejadas de percibir) por el que debe responderle la convocada.

Tren de Occidente, por su parte, al contestar la demanda expresó que la apertura de aquella segunda fiducia mercantil se explicaba por la circunstancia de que el Banco del Estado, matriz de la fiduciaria, había entrado en un proceso de marchitamiento progresivo que le impedía ejecutar las operaciones normales de un establecimiento de crédito “por lo cual las razones que condujeron al concesionario a seleccionar a Fiduestado, consistentes en contar con el apoyo y soporte de una entidad bancaria, ya no subsistían”⁽³⁾, así como por el cambio continuo y permanente de los funcionarios de la fiduciaria asignados a la administración del patrimonio autónomo, con la consecuencia evidente del deterioro en la calidad del servicio de Fiduestado⁽⁴⁾.

Adicionalmente, en su alegato de conclusión sostuvo la convocada: (i) que “estando de por medio el interés público” la cláusula 12 permitía cambiar o enmendar el contrato de fiducia siempre y cuando mediara “el visto bueno de todos los beneficiarios” (pág. 12); (ii) que en la misma cláusula 12 citada se menciona la hipótesis de terminación unilateral por el fideicomitente de esa fiducia mercantil, circunstancia a la que Ferrovías no podía oponerse en la medida en que el “fideicomitente haya establecido previamente otro contrato, con cláusulas idénticas a las contenidas en este contrato, con otro fiduciario autorizado ...” (pág. 13 ibídem); (iii) que “la intención diáfana de las partes fue dejar a salvo el derecho del fiduciante para designar más adelante uno diferente, aún sin invocar una razón expresa” (pág. 13 ibídem), para concluir que, (iv) “si bien la administración fiduciaria era irrevocable por haberla impuesto el pliego de condiciones, la designación de Fiduestado no lo era por corresponder a un acto de autonomía de las partes” (pág. 14*in fine*, ibídem). El capítulo VI del alegato de Tren de Occidente (págs. 15 a 21) rotulado “Irrevocabilidad de la fiducia: su verdadero contenido” desarrolla *in extenso* las proposiciones anteriores, y concluye:

“En suma, del contexto formado por el pliego de condiciones y los contratos de concesión y fiduciario, surge de forma contundente que la intención de Ferrovías y Tren de Occidente fue la de designar a Fiduestado como inicial administrador fiduciario, pero, y esta es la premisa trascendente, reservándose la facultad, de conceder tal encargo a una fiduciaria diferente, que fue lo que, al final, ocurrió con Fiducolombia. Esta decisión no puede entenderse de manera distinta a que fiduciante y beneficiaria decidieron, con fundamento en las disposiciones contractuales, y sin perjuicio de los derechos de Fiduestado, no incorporar más recursos al fideicomiso con esta, conducta ajustada al artículo 1240 del Código de Comercio” (pág. 17 ibídem).

En el raciocinio anterior están implícitos los fundamentos de las excepciones que propuso Tren de Occidente al contestar la demanda de Fiduestado, relativas a la caducidad de la acción contractual, en primer lugar, a la inexistencia de incumplimiento, responsabilidad o mora de la convocada, a la circunstancia de ser el contrato de fiducia accesorio del de concesión, y al incumplimiento por parte de Fiduestado de su deber o carga de diligencia (págs. 16 a 18 de la contestación de la demanda).

Por los efectos que de manera rotunda y definitiva tendría en este debate la excepción de caducidad, se impone su estudio, a continuación, en forma previa a cualquier otra consideración del tribunal.

2.1.4. La excepción de caducidad invocada por Tren de Occidente.

Como la demandada interpuso la excepción de caducidad cuya prosperidad impediría la estimación de la acción incoada por Fiduestado, es necesario analizar en primer lugar esa oposición de la convocada.

A voces de lo que concluye Tren de Occidente en su alegato final, al haber sido derogado el Decreto 3130 de 1968, por el artículo 121 de la Ley 489 de 1998 “recobró competencia la jurisdicción contencioso-administrativa para esa clase de entidades estatales (en las que se incluiría a Fiduestado) y por lo mismo es aplicable el numeral 10 del artículo 136 de la Ley 446 de 1998, ley de descongestión judicial de despachos judiciales”. Y a continuación agrega: “Al estar comprobado... que la demanda arbitral de Fiduestado fue presentada cuando ya se habían vencido los dos años a partir de febrero 25 de 2002, fecha de su comunicación que cita en los hechos 17, 18 y siguientes ... acerca del otrosí 5 al contrato de concesión que originó tal demanda, consideró que la acción se encuentra caducada” (pág. 28 del alegato de conclusión).

Fiduestado, por su parte, concluye que el contrato de fiducia que nos ocupa está “sujeto a las reglas del derecho privado en su totalidad, en especial, a las contempladas en el Código de Comercio y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y no a las disposiciones que regulan los contratos estatales de fiducia pública o encargo fiduciario contenidas en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, o a las normas concordantes con dichas disposiciones” (pág. 19 del alegato de conclusión).

El tribunal considera que no le asiste razón a Tren de Occidente y que, en consecuencia, la excepción de caducidad no debe prosperar en este caso. En efecto, partiendo del hecho indiscutible de que Fiduestado es un ente estatal a la luz de las calificaciones que hizo la Ley 80 de 1993 para los efectos de la contratación estatal, también es cierto que las empresas industriales y comerciales del Estado de carácter financiero están excluidas de la aplicación de ese estatuto cuando ejercen su objeto específico como entidades prestadoras de servicios financieros u obran como entidades auxiliares de crédito (L. 80/93, art. 32, par. 1º), asunto que admite sin reservas Tren de Occidente al comenzar el capítulo IX de su alegato de conclusión (pág. 28).

Por lo que acaba de exponerse —y ateniéndose el tribunal en forma estricta a lo consignado por Tren de Occidente en el alegato referido— la excepción reposa en forma exclusiva en razones que parecieran ser originadas en competencias procesales, sin que tampoco por esta vía le asista razón a la convocada, puesto que el legislador al reformar el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (L. 446/98, art. 44), cuando se refirió al término de caducidad de las acciones “relativas a contratos” se refirió a los que estuvieran sometidos a las reglas especiales de la Ley 80 de 1993 o que por cualquiera otra fuente normativa pudieran quedar incursos en esa hipótesis y no, precisamente, a los contratos que expresamente había excluido la Ley 80 de 1993 de su régimen especial. Razonar como lo propone Tren de Occidente implicaría reconocer la excepción que hizo la Ley 80 de 1993 y, en forma simultánea, desconocerla en el texto referido de la Ley 446 de 1998.

Lo expuesto es suficiente para que el tribunal declare que no puede prosperar la excepción de caducidad propuesta por Tren de Occidente contra la demanda de Fiduestado. En consecuencia, entra a analizar la demanda de la parte convocante.

2.1.5. Hechos relevantes que resultaron probados.

El tribunal encuentra probados los siguientes hechos relevantes para resolver esta controversia de las partes y es necesario tomar en cuenta que Tren de Occidente, parte demandada, aceptó en su contestación, en forma expresa, 35 de los 43 hechos de la demanda por lo que no será necesario, en lo que corresponda, abundar en la prueba

respecto de los siguientes hechos:

- El contrato de concesión del 18 de diciembre de 1998, celebrado entre Ferrovías como concedentes y Tren de Occidente como concesionario, en donde se prevé la constitución de una fiducia mercantil al servicio de los desembolsos de aportes de Ferrovías y de los pagos al concesionario. Recuérdese que la fiducia está rotulada como de administración y pagos, asunto que no ofrece dudas ante lo palmario de la cláusula segunda de este contrato (“objeto del contrato”).
- El contrato de fiducia que nos ocupa, celebrado entre Fiduestado y Tren de Occidente, el 20 de enero de 1999, habida cuenta de lo cual ha de prosperar la pretensión primera de la demanda de Fiduestado, que en esencia es la misma pretensión primera de la demanda de reconvención de Tren de Occidente.
- El otrosí 5 al contrato de concesión, del 6 de diciembre de 2001, arriba transcrita en su parte pertinente, en el que Ferrovías y Tren de Occidente acordaron, entre otras cosas, que los recursos destinados a la financiación de la ejecución del plan de obras de rehabilitación, diferentes de aquellos a ser aportados por el concesionario, serían recibidos y administrados a través de dos (2) fideicomisos de administración y fuente de pago, constituidos por el concesionario, cuyos contratos debían ajustarse íntegramente a la minuta incluida como proforma 8 del pliego de condiciones de la licitación, y se mantendrían hasta tanto el concesionario culminara la ejecución del plan de obras de rehabilitación (hecho 14 y su contestación).
- La constitución de un nuevo fideicomiso mercantil de administración y pagos por parte de Tren de Occidente, en Fiducolombia, el 10 de diciembre de 2001 (hecho 21 y su contestación).
- La protesta que en forma inmediata hizo Fiduestado ante el fideicomitente Tren de Occidente, Ferrovías y Fiducolombia, la solicitud que aquella hizo a Tren de Occidente, de fecha 25 de abril de 2002, de consignar en el primer Fideicomiso el aporte de US\$ 30.000.000 de Ferrovías, así como la respuesta dada por Tren de Occidente el 30 de abril de 2002, manifestando que efectuaría “... el depósito del referido aporte, o de las cuotas en las cuales Ferrovías las fraccione en el patrimonio autónomo que mejor satisfaga sus expectativas comerciales y empresariales ...”, y las tratativas que se adelantaron para considerar la reclamación de Fiduestado (hechos 22 a 34 y sus respectivas contestaciones).
- La fecha en que Ferrovías hizo el último desembolso a Fiduestado (entiéndase al respectivo Fideicomiso), el monto total de los recursos que Ferrovías situó en Fiduestado y la totalidad de las comisiones que devengó Fiduestado por el contrato de fiducia. También está probado todo lo anterior respecto de los desembolsos que hizo Ferrovías a través de Fiducolombia y las comisiones que esta ha devengado hasta la fecha del informe técnico presentado de común acuerdo por las partes (hechos 35 a 38 y sus respectivas contestaciones).
- Que Fiduestado quedó disuelta y entró en estado de liquidación el 6 de agosto de 2002, por virtud del Decreto 1717 de esa misma fecha.

2.1.6. Calificaciones, valoraciones y conclusiones del tribunal.

Con fundamento en los hechos relevantes que han quedado probados, a los que se volverá en forma puntual y concreta cada vez que ello sea necesario, y de conformidad con las disposiciones legales aplicables, el tribunal debe resolver el siguiente problema jurídico:

Si a la luz del contrato de fiducia suscrito el 20 de enero de 1999 entre Fiduestado y Tren de Occidente (ahora), lo pactado en la cláusula 3 (bienes fideicomitidos), que indica que Tren de Occidente “transfiere a la fiduciaria su derecho a recibir” las sumas de dinero que allí se indican (US\$ 120 millones en total), y en la cláusula 17 (obligaciones del fideicomitente) numeral 1º, donde el fideicomitente se obligó a “Gestionar oportunamente ante Ferrovías los giros de los recursos provenientes del contrato de concesión ... y entregarlos a la fiduciaria”, en concordancia con las cláusulas 2 (objeto del contrato), 4 (destinación), 12 (modificaciones terminación del fideicomiso), 23 (irrevocabilidad del contrato de fideicomiso), y 29 (causales de terminación), constituye una obligación asumida por el fideicomitente en firme, cuya pretermisión constituiría un incumplimiento del contrato de fiducia (segunda pretensión de Fiduestado), y si aquellas previsiones contractuales (cláusulas 3 y 17.1), en forma correlativa, atribuyen al fiduciario una especie de derecho adquirido a percibir unas determinadas

comisiones o, por el contrario, si ello era simplemente indicativo de una salvaguardia prevista en un contrato estatal para el servicio de unos determinados cometidos estatales, en todo caso advertidos a la fiduciaria o conocidos por ella en forma previa, de modo tal que el fideicomitente, encontrándose vigente aquel contrato fiduciario, podía válidamente designar otro fiduciario y celebrar con este un segundo contrato de fiducia mercantil para el manejo de parte de los recursos que Ferrovías debía aportar bajo el contrato de concesión.

Habiendo quedado claro dentro del trámite arbitral que no se observa causal alguna de nulidad, que los árbitros fueron habilitados en debida forma y que el material probatorio que requirieron las partes fue agregado al proceso en forma legal, entra el tribunal a estimar de mérito la demanda de Fiduestado, sobre la base de las siguientes consideraciones.

2.1.6.1. Cláusulas relevantes del contrato de fiducia y del contrato de concesión.

Según lo señalado en el problema jurídico a resolver, el tribunal debe centrar su atención en el estudio e interpretación de las cláusulas 2 (objeto del contrato), 3 (bienes fideicomitidos), 4 (destinación), 12 (modificaciones terminación del fideicomiso), 17, numeral 1º (obligaciones del fideicomitente), 23 (irrevocabilidad del contrato de fideicomiso) y 29 (causales de terminación), del contrato de fiducia. En consecuencia, se procede a transcribir dichas estipulaciones así:

“Cláusula 2. Objeto del contrato

“El presente contrato de fiducia mercantil irrevocable tiene por objeto:

“2.1. Servir de mecanismo de pago de la obligación contraída por Ferrovías con el concesionario, respecto de la realización de los aportes que se destinarán a la financiación de la ejecución del plan de obras de rehabilitación, y en tal sentido, recibir en nombre del concesionario los recursos que aporte Ferrovías con tal fin.

“2.2. La administración de los recursos que tenga derecho a recibir el fideicomitente por causa de las transferencias que efectúe Ferrovías para la ejecución del plan de obras de rehabilitación.

“2.3. Servir de fuente de pago al fideicomitente mediante el reembolso de los gastos sufragados por este (sic) en su calidad de concesionario para la ejecución del plan de obras de rehabilitación, cuando el fideicomitente así lo requiera, en los términos previstos en el presente contrato”.

“Cláusula 3. Bienes fideicomitidos

“Para el cumplimiento de los fines previstos como objeto de fiducia mercantil de administración y pagos por medio del presente contrato el fideicomitente transfiere a la fiduciaria su derecho a recibir las siguientes sumas de dinero, en las fechas que a continuación se indican:

Año	Fecha	Monto en USD\$	Monto en pesos
1999	Abril 30	30,000,000	40,566,300,000
2000	Abril 30	30,000,000	40,566,30,000
2001	Abril 30	30,000,000	40,566,30,000
2002	Abril 30	30,000,000	40,566,30,000
Total			162,265,200,000

“TRM marzo 4 de 1998 =1352.21

“Las sumas anteriores, aportadas por Ferrovías para la realización del plan de obras de rehabilitación se consignan en este numeral como cifras en pesos a su valor real al momento de la apertura de la licitación pública 001-98. Sin embargo, los valores aquí mencionados se verán ajustados al momento de su entrega efectiva de acuerdo con las previsiones que al efecto hayan sido establecidas por el Gobierno Nacional para la actualización de las sumas

comprometidas con cargo a vigencias futuras”.

“Cláusula 4. Destinación

“Los recursos fideicomitidos tendrán como destinación específica servir de fuente para el reembolso de los gastos en que incurra el fideicomitente en la realización de las obras de rehabilitación previstas en el plan de obras de rehabilitación sometido a consideración de Ferrovías.

“La fiduciaria recibirá dichos recursos en nombre del fideicomitente y/o del patrimonio autónomo, y los contabilizará como ingresos efectuados por el fideicomitente en el mismo”.

“Cláusula 12. Modificaciones terminación del fideicomiso

“Este fideicomiso no podrá ser cambiado ni enmendado sin el visto bueno de todos los beneficiarios, pero Ferrovías no podrá oponerse a la decisión del fideicomitente de terminarlo, en la medida en que dicho fideicomitente haya establecido previamente otro contrato, con cláusulas idénticas a las contenidas en este contrato, con otro fiduciario autorizado para desempeñar la actividad fiduciaria por la (*) Superintendencia Bancaria. Sin embargo, la cláusula relativa a la remuneración del fiduciario podrá variar”.

“Cláusula 17. Obligaciones del fideicomitente

“En virtud de este contrato, el fideicomitente, se obliga a: 1) Gestionar oportunamente ante Ferrovías los giros de los recursos provenientes del contrato de concesión perfeccionado el 18 de diciembre de 1998 y entregarlos a la fiduciaria ...”.

“Cláusula 23. Irrevocabilidad del contrato del fideicomiso

“El fideicomiso que por medio del presente instrumento se constituye tendrá carácter de irrevocable”.

“Cláusula 29. Causales de terminación. El presente contrato podrá darse por terminado además de las causales consagradas en el Código Civil y en el artículo 1240 del Código de Comercio, por presentarse los siguientes eventos: 1) Por el cumplimiento total del objeto y de las obligaciones que de él se derivan. 2) Por agotamiento de los recursos del fideicomiso. 3) Por mutuo acuerdo entre las partes. 4) Por la ocurrencia de hechos impredecibles que imposibiliten la ejecución de su objeto. 5) Por la imposibilidad absoluta del desarrollo del fideicomiso, por el no suministro o la no renovación por parte del fideicomitente de la documentación exigida por la (*) Superintendencia Bancaria especialmente la relacionada con el lavado de activos”.

Así mismo, resultan relevantes las cláusulas 4.3, 13.17, 26, 27 y 146.8, del contrato de concesión, que igualmente se transcriben a continuación:

“Cláusula 4. Acta de iniciación de la concesión

“El acta de iniciación de la concesión, es el acto bilateral que da comienzo al transcurso del plazo del contrato, sin perjuicio de la plena vigencia jurídica que el contrato adquiere con la sola firma de las partes.

“El acta de iniciación de la concesión deberá ser suscrita por los contratantes dentro de los veinte (20) días subsiguientes a la firma del presente contrato.

“Como condición necesaria para la suscripción del acta de iniciación de la concesión, el concesionario deberá aportar a Ferrovías, dentro de los primeros diez (10) días hábiles siguientes contados a partir de la firma del presente contrato, los siguientes documentos:

“(...) 4.3. El contrato de fiducia para la administración de los aportes de Ferrovías debidamente suscrito entre el fideicomitente y la fiduciaria. (...)”.

“Cláusula 13. Obligaciones del concesionario derivadas de la concesión

“Como consecuencia de la concesión que se otorga a el concesionario por medio del presente contrato, este

adquiere las siguientes obligaciones:

“(...) 13.17. La obligación de suscribir los siguientes contratos complementarios al presente contrato de concesión: el contrato de fiducia para la administración de los aportes que efectúe Ferrovías con destino a la ejecución del plan de obras de rehabilitación, (...)”.

“Cláusula 26. Fuentes de financiación del proyecto

“La financiación de la ejecución del plan de obras de rehabilitación se regirá por las siguientes condiciones:

“26.1. Ferrovías aportará a el concesionario las siguientes sumas de dinero, en las fechas que a continuación se indican:

Año	Monto en dólares	TRM Marzo 4/98	Monto en pesos
1999	30,000.000	1,352.21	40,566,300,000
2000	30,000.000	1,352.21	40,566,300,000
2001	30,000.000	1,352.21	40,566,300,000
2002	30,000.000	1,352.21	40,566,300,000
Total	120,000,000		162,265,200,000

“(...)”

“Cláusula 27. Administración de los recursos

“Los recursos destinados a la financiación de la ejecución del plan de obras de rehabilitación, diferentes de aquellos que deberán ser aportados por el concesionario, deberán ser recibidos y administrados a través del fideicomiso de administración y fuente de pago que se (sic) constituyó el concesionario a su cargo y administrado por la sociedad fiduciaria Fiduestado que se encuentre (sic) debidamente autorizada por la (*) Superintendencia Bancaria para realizar operaciones en el país.

“Esta fiducia se mantendrá hasta tanto el concesionario culmine la ejecución del plan de obras de rehabilitación”.

“Cláusula 146. Documentos del contrato

“Formarán parte de este contrato los siguientes documentos:

“(...) 146.8. El contrato de fiducia que se celebre como mecanismo de pago, (...)”.

2.1.6.2. En el contrato de concesión, cláusula 27, concordante con la cláusula 13.17, las partes acordaron que los recursos destinados a la ejecución del plan de obras de rehabilitación, con excepción de aquellos que debían ser aportados por el concesionario, se manejarían a través de un esquema de administración fiduciaria, consistente en un fideicomiso de administración y fuente de pago, constituido por el concesionario en la sociedad fiduciaria escogida por dichas partes.

Dicho esquema fiduciario aparece allí dibujado bajo las siguientes premisas: i) el contrato de fiducia mercantil es complementario del de concesión; ii) los términos del contrato de fiducia mercantil deben ser los incluidos en la proforma establecida por Ferrovías como parte del pliego de condiciones de la licitación (anexo 8); iii) habría un solo patrimonio autónomo fiduciario; iv) el fideicomiso sería irrevocable y se mantendría vigente hasta tanto el concesionario culminara la ejecución del plan de obras de rehabilitación, y v) el operador fiduciario sería Fiduestado.

Así, en este caso, el contrato de fiducia es complementario del contrato de concesión y constituye, el primero, un instrumento para la ejecución de los cometidos de este contrato estatal, circunstancia que fue conocida por todos

los actores contractuales y quedó vertida en forma expresa tanto en el contrato de concesión como en las motivaciones del fideicomitente y de la fiduciaria⁽⁵⁾, lo cual evidencia una indudable dependencia funcional, servil o ejecutiva del Fideicomiso hacia el contrato de concesión.

2.1.6.3. El contrato de fiducia se ajustó conforme a la minuta proforma definida por Ferrovías⁽⁶⁾. En su cláusula 3 (bienes fideicomitidos), se prevé que para el cumplimiento de los fines previstos como objeto del contrato de fiducia mercantil, el fideicomitente transfiere a la fiduciaria su derecho a recibir las sumas de dinero que allí indican, en las fechas allí mismo señaladas.

Así mismo, en la cláusula 17.1, Tren de Occidente se obligó frente a Fiduestado a gestionar oportunamente ante Ferrovías los giros de los recursos provenientes del contrato de concesión y su entrega a la fiduciaria, quien conforme a la cláusula 4 los recibiría en nombre del fideicomitente y/o del patrimonio autónomo.

El alcance de la transferencia fiduciaria realizada es clave en el análisis de este caso, y sobre la misma, yendo más allá del mero texto de la precitada cláusula 3 y desde el contexto del conjunto contractual existente en este caso, se observa que se hizo por parte del fideicomitente sin que al respecto mediara en el pliego de condiciones de la licitación, en el contrato de concesión, en la minuta proforma de fiducia o en el contrato de fiducia mismo, ninguna reserva, limitación, restricción, condición o cualificación particular, y como medio para posibilitar el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso constituido, cuyo objeto comprendía el servir de mecanismo de pago de la obligación de Ferrovías de realizar los aportes convenidos para financiar la ejecución del plan de obras de rehabilitación de la concesión, la administración de esos recursos y el servir de fuente de pago al fideicomitente mediante el reembolso de los gastos sufragados por este como concesionario para la ejecución de ese plan de obras⁽⁷⁾, por lo cual se considera que, no existiendo elementos probatorios que evidencien intención de las partes de limitar su alcance, deben dársele los efectos propios del régimen legal de la fiducia mercantil, con arreglo al cual el fideicomitente transfiere al fiduciario uno o más bienes especificados (C. del Co., art. 1226, inc. primero), los cuales —y más exactamente su titularidad— salen en consecuencia del patrimonio del fideicomitente y pasan a formar un patrimonio autónomo, afecto al cumplimiento de la finalidad contemplada en el acto constitutivo (C. de Co., art. 1233), administrado por el fiduciario.

Si ello es así, ha de entenderse que Tren de Occidente, obrando como fideicomitente, transfirió a Fiduestado, a título de fiducia mercantil y con destino al patrimonio autónomo, el derecho de crédito que aquella tenía bajo el contrato de concesión a recibir los aportes monetarios a los que se obligó Ferrovías —en cuantía de US\$120 millones, previstos en la cláusula 26 del contrato de concesión—, de modo tal que ese derecho fideicomitido salió del patrimonio de Tren de Occidente (al cual ingresaron los derechos fiduciarios, de crédito, adquiridos por Tren de Occidente como fideicomitente y beneficiario en virtud del acto constitutivo) y pasó a radicarse en el patrimonio autónomo administrado por Fiduestado.

Ello implica, de un lado, que en virtud de dicha transferencia fiduciaria Tren de Occidente se desprendió de la titularidad de ese derecho y, de otro lado, que a partir de ese momento el único legitimado para recibir la totalidad de los dineros correspondientes a los aportes de Ferrovías era el patrimonio autónomo. Consecuentemente, Tren de Occidente quedó obligado a respetar la propiedad fiduciaria que en cabeza del patrimonio autónomo administrado por Fiduestado se estableció como consecuencia de la celebración del contrato de fiducia.

Dado lo anterior, es razonable pensar que Fiduestado celebró con Tren de Occidente el contrato de fiducia bajo un entendimiento claro según el cual, conforme a lo previsto tanto en el pliego de condiciones de la licitación 001-98 de Ferrovías y en el contrato de concesión, en materia de administración fiduciaria, como en el mismo contrato de fiducia —cláusulas 3 y 17.1—, los dineros correspondientes a los aportes que Ferrovías se obligó a realizar en cumplimiento del contrato de concesión ingresarían en su totalidad al único patrimonio autónomo que para entonces estaba previsto constituir, y, en la medida en que dicho ingreso de recursos se produjera, Fiduestado podría entonces realizar la gestión fiduciaria contratada, sobre cuya base tendría derecho a la causación y el pago de las comisiones fiduciarias pactadas; como es razonable también pensar que ese entendimiento fue compartido por Ferrovías.

2.1.6.4. En la cláusula 12 del contrato de fiducia se estipuló que Ferrovías no podría oponerse a la decisión del fideicomitente de terminarlo, en la medida en que este hubiera establecido previamente otro contrato, con cláusulas

idénticas a las contenidas en aquel, con otro fiduciario autorizado para desempeñar la actividad fiduciaria. No obstante, en las cláusulas 2 y 23 del contrato de fiducia se estableció expresamente el carácter irrevocable del Fideicomiso.

Surge entonces la necesidad de analizar la relación funcional entre las cláusulas 2, 12 y 23 del contrato de fiducia, sobre lo cual Tren de Occidente sostiene que lo irrevocable era la administración fiduciaria, pero que el contrato de fiducia como tal era revocable, vale decir, que “Tren de Occidente, de un lado, estaba imperativamente obligada a transferir a título de fiducia mercantil todos los recursos que, siendo ya de su propiedad en razón de los pagos que le efectuara Ferrovías, esta concedente le realizará. La administración fiduciaria era, pues, un imperativo del negocio;...” (pág. 12 del alegato de conclusión), al paso que la precitada cláusula 12, “debe entenderse como la expresa manifestación del fiduciante y el fiduciario en el sentido de que, así como en el contrato de concesión se había estipulado que la fiducia mercantil sería ejecutada por Fiduestado, simultáneamente quedaba entendido que la designación bien podía dejarse sin efectos, aún con la sola resolución del fiduciante Tren de Occidente, bajo la única condición de que la nueva fiduciaria estuviere autorizada por la (*) Superintendencia Bancaria. Así las cosas, la fiduciaria, al tiempo que conoció su designación, tuvo conocimiento de que la misma podía ser terminada porque ese fue el texto que firmó” (pág. 13 del alegato de conclusión).

Al respecto, recuerda el tribunal que el artículo 1602 del Código Civil, al consagrarse el principio de la normatividad o fuerza obligatoria del contrato, establece como una de sus consecuencias fundamentales la de que el contrato no puede ser invalidado, esto es privado de efectos, sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales. Lo anterior implica que una de las partes no puede ni separarse ni modificar el vínculo contractual unilateralmente, salvo aquellos casos en que la ley o el contrato lo autoricen, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento. Por consiguiente, quien realiza una conducta por la cual pretende terminar o modificar un contrato del cual es parte, sin tener facultades para ello, viola el contrato y por ello incurre en responsabilidad civil.

Desde esta perspectiva debe observarse que la cláusula 12 del contrato de fiducia prevé la posibilidad de que el mismo se cambie con el visto bueno de todos los beneficiarios, pero adicionalmente precisa que Ferrovías no podrá oponerse a la decisión del fideicomitente de terminarlo, en la medida en que este último haya establecido previamente otro contrato con cláusulas idénticas a las contenidas en el contrato de fiducia, con otro fiduciario autorizado.

Esta cláusula genera la duda de si el fideicomitente tenía la facultad de terminar unilateralmente el contrato de fiducia y si ello entonces además implicaba, como lo sostiene Tren de Occidente, la posibilidad de decidir que parte de los recursos serían entregados a otra entidad fiduciaria autorizada, siguiendo la conocida regla según la cual quien puede lo más puede lo menos.

Desde este punto de vista, si se toman en consideración los criterios que establecen los artículos 1618 y siguientes del Código Civil para la interpretación de los contratos, se llega a la conclusión de que la cláusula contractual mencionada no habilitaba a Tren de Occidente para poner unilateralmente fin al contrato de fiducia y menos aún para celebrar un segundo contrato de fiducia mercantil mediante el cual se administrara parte de los recursos de la concesión.

En efecto, el inciso primero del artículo 1622 del Código Civil dispone que “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”. En esta medida, la interpretación que sostiene que la cláusula 12 del contrato de fiducia le permite al Fiduciante terminar el contrato de fiducia, siempre que se constituyera una segunda fiducia, con cláusulas idénticas a las de la primera y con otro fiduciario autorizado, no es congruente con otras estipulaciones de este contrato.

Ello por cuanto, de una parte, la cláusula 2 hace referencia a “El presente contrato de fiducia mercantil irrevocable ...”, y en la cláusula 23 se dispuso que “el fideicomiso que por medio de este instrumento se constituye tendrá carácter irrevocable”, lo cual implica que el mismo no podía terminar por voluntad unilateral del fideicomitente. Así lo corrobora, de otro lado, la cláusula 29, en la cual, al regular las causales de terminación del contrato de fiducia, no se incluyó la manifestación de voluntad unilateral del fideicomitente, sino que se previó (num. 3º) que la terminación por razón de la voluntad de las partes se haría por “mutuo acuerdo” de ellas.

De otra parte, si se analiza el tenor de la cláusula 12 se encuentra que tampoco es claro en el sentido de conceder al fideicomitente, al margen de la voluntad de la fiduciaria, la posibilidad de terminar el contrato de fiducia.

En efecto, lo primero que dicha estipulación señala es que el “fideicomiso no podrá ser cambiado ni enmendado sin el visto bueno de los beneficiarios”. Es claro que en tal caso además se requiere el consentimiento de la fiduciaria, pues se trataría de modificar el contrato en que ella consintió, y que por virtud de la fuerza obligatoria del contrato no puede ser afectado sin su consentimiento. Es por ello que la cláusula hace referencia a un “visto bueno” de los beneficiarios, lo cual indica que la modificación fue acordada por quienes celebraron el contrato, esto es el fideicomitente y la fiduciaria. Sostener lo contrario implicaría que el fideicomitente y los beneficiarios pudieran modificar cualquier aspecto del contrato, p. ej., la remuneración de la fiduciaria, sin el consentimiento de esta, lo cual no es congruente con los principios fundamentales en materia de contratos.

La segunda parte de la estipulación dispone “pero Ferrovías no podrá oponerse a la decisión del fideicomitente de terminarlo, en la medida en que dicho fideicomitente haya previamente establecido otro contrato con cláusulas idénticas...”. Como se puede apreciar, esta segunda parte de la estipulación contractual examinada constituye un complemento de la regla anterior, para señalar en qué casos Ferrovías no puede negar su consentimiento. La cláusula 12 entonces solo regula el consentimiento de los beneficiarios y de ninguna manera regula el de la fiduciaria. En ese sentido, la expresión “decisión del fideicomitente” que se emplea en la cláusula solo significa que en estos casos en las relaciones entre el fideicomitente y el beneficiario, prevalece la voluntad de aquel que se vuelve determinante y por ello es quien toma la decisión. En esta medida, si la primera parte de la cláusula contractual no se puede interpretar en el sentido de que no se requiere el consentimiento de la fiduciaria, tampoco es viable concluir que en la segunda parte se hace abstracción de tal voluntad.

Por otro lado, si se admitiera que las estipulaciones 2, 12, 23 y 29 son contradictorias y que por ello persiste la duda, considera el tribunal que debe darse prelación a lo contenido en las cláusulas 2, 23 y 29, en la medida en que las mismas corresponden al principio fundamental de la fuerza obligatoria del contrato.

Así las cosas, en la medida en que la cláusula 12 no le otorgaba al fideicomitente la facultad de terminar el contrato de fiducia al margen de la voluntad de la fiduciaria, es claro que tampoco le permitía adoptar la decisión que tomó en el sentido de constituir con otra entidad fiduciaria un segundo fideicomiso mercantil de administración y fuente de pago para el manejo de los recursos correspondientes a Ferrovías, encontrándose vigente el contrato de fiducia.

Por lo demás, aún si se aceptara que tal cláusula facultaba al fideicomitente para terminar unilateralmente el contrato de fiducia, que no es así por lo ya explicado, lo cierto es que una cosa distinta es celebrar un nuevo contrato de fiducia para entregar a otro fiduciario la administración de parte de los recursos correspondientes al contrato de concesión, por lo cual esta última hipótesis, aún en este evento, no estaba autorizada.

Lo anterior no significa que se deba desconocer la relación de dependencia o complementariedad entre el contrato de concesión y el contrato de fiducia.

En efecto, el tribunal retoma la relación de dependencia funcional, servil o ejecutiva del contrato de fiducia frente al contrato de concesión, a la luz de la cual advierte que siendo aquel un instrumento de ejecución de este, la irrevocabilidad pactada para el fideicomiso no puede entenderse como absoluta, toda vez que, en todo caso, la administración fiduciaria prevista como elemento integrante de la estructura jurídica y financiera de la concesión estatal debía subordinarse a los propósitos y cometidos de esta, para que se cumplieran adecuadamente.

En esta misma línea de reflexión, el contrato de fiducia no podía desligarse de vicisitudes relevantes que eventualmente pudieran presentarse en el desarrollo del contrato de concesión, como, p. ej., que Ferrovías y Tren de Occidente decidieran terminar de común acuerdo el contrato de concesión⁽⁸⁾, o que acordaran que los desembolsos de los aportes se harían de otra manera, prescindiendo totalmente de la intermediación fiduciaria, o que unilateralmente la sociedad estatal concedente, en ejercicio de sus poderes exorbitantes, decidiera la terminación unilateral o declarara la caducidad del contrato de concesión, hipótesis bajo las cuales no pareciera procedente la invocación de la inoponibilidad de situaciones jurídicas como las mencionadas por parte del operador fiduciario designado, para mantener a todo trance la vigencia del fideicomiso, so pretexto de haberse pactado la irrevocabilidad de este, y sería absurdo que resultara más flexible y modular el contrato de concesión

que el de fiducia mercantil. En casos como los mencionados, el contrato de fiducia habría de terminar, o por el mutuo acuerdo de fideicomitente y fiduciaria, o por la causal de imposibilidad absoluta de realizar sus fines (cláusula 29, num. 4º, concordante con el C. de Co., art. 1240, num. 2º).

En cualquier caso, terminado el contrato de fiducia, Tren de Occidente recuperaba la titularidad sobre el derecho a recibir los aportes de Ferrovías, que en virtud del mismo había fideicomitido, el cual podía entonces transferir nuevamente al patrimonio autónomo constituido con el otro fiduciario, manteniendo así a través de este la administración fiduciaria prevista para los recursos de la concesión. Por lo tanto, en este contexto, la terminación del contrato de fiducia era necesaria para que pudiera operar cabalmente el cambio de administrador fiduciario de que trata la cláusula 12 en cita, pues, mientras ese negocio jurídico se mantuviera vigente, el derecho dado en fiducia por Tren de Occidente era del patrimonio autónomo administrado por Fiduestado y, por ende, solo el vocero de este podía disponer de ese activo fideicomitido, en los términos y para los efectos previstos en el acto constitutivo.

2.1.6.5. El otrosí 5 al contrato de concesión, de fecha 6 de diciembre de 2001, en el cual Tren de Occidente y Ferrovías modificaron la cláusula 27 de dicho contrato, acordando que los aportes futuros de esta serían recibidos y administrados a través de dos fideicomisos en vez de uno, alteró la estructura del esquema fiduciario inicialmente definido para la administración de los recursos de esa concesión, bajo el cual se vinculó a Fiduestado como operador fiduciario, sin que para dicha alteración mediara el consentimiento de esta, el cual no era necesario para modificar el contrato de concesión, pero sí lo era en cambio para modificar el contrato de fiducia, en virtud del cual Fiduestado recibió la transferencia fiduciaria del derecho de Tren de Occidente a recibir la totalidad de los aportes de Ferrovías, no solo por el interés económico directo y legítimo que Fiduestado tenía en la recepción de los dineros, que constituía condición necesaria para que pudiera adelantar sobre estos la gestión fiduciaria encomendada y causar y cobrar las respectivas comisiones, sino porque era el vocero y administrador del patrimonio autónomo titular del referido derecho, al cual debían ingresar tales dineros.

Ahora bien, las consideraciones 5^a y 6^a de este otrosí evidencian que antes de su suscripción, la Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A. (hoy Tren de Occidente) le planteó a Ferrovías consideraciones conducentes a demostrar que la constitución de dos fideicomisos de administración y fuente de pago para el manejo de los aportes de Ferrovías, contribuía positivamente a la más eficiente y segura aplicación de dichos fondos en beneficio del proyecto, sin menoscabo de las potestades de supervisión y control de la entidad pública con respecto al manejo y administración de esos recursos, y que tales consideraciones fueron aceptadas por Ferrovías, a condición de que se cumplieran las exigencias incluidas en la cláusula cuarta del mismo otrosí, lo cual significa que las partes del contrato de concesión convinieron en el mantenimiento del fideicomiso administrado por Fiduestado, el cual en la visión de ellas iría a coexistir con otro patrimonio autónomo a ser constituido por el concesionario en desarrollo del citado otrosí.

Tal circunstancia llama la atención del tribunal, por cuanto implica la determinación de Tren de Occidente —a la postre compartida por Ferrovías— de no dar por terminado el contrato de fiducia, y en cambio de ello mantenerlo, en paralelo con el segundo fideicomiso mercantil de administración y fuente de pago que se consideraba conveniente establecer, lo que de suyo excluye la terminación del contrato de fiducia, el cual no fue modificado para admitir la coexistencia de dos fideicomisos de administración y fuente de pago.

2.1.6.6. En este proceso, más allá de la manifestación sobre el deterioro administrativo que habría presentado la fiduciaria en la administración del Fideicomiso, que Tren de Occidente le hizo a Fiduestado en la comunicación TDO-0737-03 del 18 de noviembre de 2003, y sin perjuicio del análisis que el tribunal realiza más adelante respecto de la demanda de reconvenCIÓN, no se probó que con anterioridad al 10 de diciembre de 2001 (fecha del contrato de fiducia celebrado por Tren de Occidente con Fiducolombia), Fiduestado, en el marco del contrato de fiducia, hubiera incumplido sus deberes como fiduciario, lo cual determina la improsperidad de la excepción de “Incumplimiento por parte de Fiduestado de sus deberes; negligencia y falta de diligencia”⁽⁹⁾.

Tampoco se probó que a esa fecha la conducta de Fiduestado, o la continuidad en el tiempo del manejo de los recursos a aportar por Ferrovías, o la situación y perspectivas de la fiduciaria o de su matriz Banestado, o el proceso de fusión de las sociedades fiduciarias públicas, por entonces en curso, hubieran afectado adversamente el

cumplimiento de las prestaciones contractuales de Fiduestado o la finalidad del fideicomiso de administración y pagos, o en otra forma hubieran puesto en riesgo o afectado adversamente el normal desarrollo del contrato de concesión, o, en fin, que se hubiera configurado alguna justa causa que sustentara la cesación de la administración fiduciaria, siendo el contrato celebrado en beneficio tanto del fideicomitente como del fiduciario.

Por ello, sin entrar a juzgar las razones de conveniencia que en su momento hayan sido tenidas en cuenta por Ferrovías y Tren de Occidente, para suscribir el otrosí 5 al contrato de concesión, lo cual escapa al cometido encargado a este tribunal arbitral, se estima que tales razones de conveniencia no bastaban para desconocer el contrato de fiducia y, en ese sentido, los argumentos invocados por Tren de Occidente en cuanto al marchitamiento de Banestado, la consecuente imposibilidad de acceder a créditos de este, la dificultad para que Fiduestado usara la red del Banco y el proceso de fusión de las fiduciarias públicas, no resultan relevantes para la decisión de este caso, máxime cuando a la luz de los antecedentes, objeto y términos de los contratos de concesión y de fiducia, la posibilidad de que el concesionario obtuviera crédito de la matriz bancaria del operador fiduciario no aparece como consideración relevante de la selección de Fiduestado para manejar el referido fideicomiso de administración y pagos, mucho menos como causa determinante de dicha selección.

2.1.6.7. En desarrollo del otrosí 5 al contrato de concesión, y en virtud de la celebración entre Tren de Occidente y Fiducolombia del contrato de fiducia mercantil de fecha 10 de diciembre de 2001, se constituyó un segundo patrimonio autónomo, al cual, por decisión de Tren de Occidente y de Ferrovías, ingresó el saldo de los dineros correspondiente a aportes de esta bajo el contrato de concesión.

El ingreso de dichos recursos al patrimonio autónomo del contrato fiduciario mencionado en el párrafo precedente, aunado a la circunstancia de que, conforme a la cláusula cuarta del otrosí 5 al contrato de concesión, las cláusulas de aquel contrato debían ser idénticas a las del celebrado con Fiduestado, llevan a entender que Tren de Occidente pretendió transferir a Fiducolombia — patrimonio autónomo, por segunda vez, el derecho de crédito a recibir los aportes de Ferrovías bajo el contrato de concesión, activo del cual no era ya titular en ese momento, por haberlo transferido previamente, el 20 de enero de 1999, a título de fiducia mercantil, al patrimonio autónomo administrado por Fiduestado, encontrándose vigente e inmodificado por ese aspecto el contrato de fiducia, conducta que para el tribunal apareja el incumplimiento injustificado de este negocio jurídico por parte del fideicomitente Tren de Occidente, quien, al proceder de esa manera, desconoció la propiedad fiduciaria anteriormente establecida en el patrimonio autónomo administrado por Fiduestado.

En efecto, recuérdese que en el otrosí 5 al contrato de concesión las partes de este acordaron que el fideicomiso administrado por Fiduestado se mantendría vigente, como en efecto ocurrió con posterioridad a la constitución del segundo fideicomiso con Fiducolombia, lo que lleva a descartar la terminación del contrato de fiducia, y, de otro lado, que este no fue modificado para admitir la coexistencia de dos fideicomisos de administración y fuente de pago.

Al punto se agrega que la innegable relación de dependencia, servil, complementaria o ejecutiva, existente entre el contrato de concesión y el contrato de fiducia, no implica que los mismos pierdan su identidad, pues en el marco de esa relación seguían siendo negocios jurídicos distintos, sometidos a sus respectivos regímenes legales particulares, y constituían cada uno de ellos ley para las respectivas partes, y el tribunal, ubicado en el marco de los principios de normatividad y efecto relativo del negocio jurídico, considera que dicha relación no podía llevarse hasta el punto de constituirla en base para que mediante la modificación del primero se pudiera cambiar el segundo, dejando sin efecto la transferencia fiduciaria reflejada en la cláusula 3 de este, y aniquilando la obligación contractual de hacer que Tren de Occidente contrajo en su cláusula 17.1, todo ello sin el consentimiento de Fiduestado.

En efecto, otro principio cardinal en materia contractual, es el efecto relativo de los contratos, por virtud del cual el contrato solo genera derechos y obligaciones para quienes han contratado y por lo mismo no tiene la virtud de afectar los derechos u obligaciones de terceros, salvo los casos en que la ley lo establece o aquellos en los que de una manera u otra los terceros lo han previsto, bien sea expresamente o por razón de la naturaleza misma del contrato celebrado.

Sin duda en el caso de un contrato (dependiente o ejecutivo) celebrado para cumplir otro (el principal) se establece

una relación entre el primero y el segundo desde el punto de vista de la causa, en la medida en que terminado el contrato principal, el dependiente o ejecutivo no puede subsistir por falta de causa. Ello además corresponde a la voluntad de las partes, pues expresamente el contrato dependiente se celebra para cumplir el principal. Pero precisamente es dicha voluntad la que expresa o tácitamente delimita dicha dependencia. Por ello dicha relación no significa que el contenido del contrato dependiente pueda ser modificado directamente, sin ningún límite, por las modificaciones que las partes del contrato principal quieran acordar, pues ello sería desconocer tanto el principio del efecto relativo del contrato como el de su fuerza obligatoria. El primero, porque el contrato principal afectaría los derechos y obligaciones del contrato dependiente, aun cuando se trata de partes distintas, y el segundo porque, por esta vía una de las partes del contrato dependiente podría alterar sus obligaciones o separarse del contrato por su sola voluntad. Así lo ha señalado la doctrina en materia de subcontratos de contratos estatales⁽¹⁰⁾.

En todo caso, el principio de la buena fe, puede conducir a imponer al contratista del contrato dependiente, en este caso el fiduciario, la aceptación de modificaciones a su contrato de fiducia, cuando ello sea necesario para desarrollar el contrato principal, siempre y cuando se preserven sus derechos esenciales, por ejemplo, su contraprestación.

Con fundamento en lo expuesto, no puede prosperar la excepción denominada “Inexistencia de incumplimiento por parte de Tren de Occidente”, en la cual la parte convocada asevera que no le revocó el contrato de fiducia de Fiduestado, y que lo que hizo, en decisión conjunta con Ferrovías, fue ejercer el derecho que la cláusula 12 del mismo contrato les otorga al fideicomitente y al aportante beneficiario⁽¹¹⁾. Así mismo, tampoco puede prosperar la excepción que la parte convocada formuló en el sentido que el contrato de fiducia es un contrato accesorio del contrato de concesión y que por ello aquel sigue la suerte de las decisiones que se tomen respecto de este.

2.1.6.8. Los aportes de Ferrovías hechos después del 10 de diciembre de 2001 ingresaron en su totalidad al patrimonio autónomo constituido en virtud del contrato de fiducia mercantil celebrado entre Tren de Occidente y Fiducolombia, hecho probado en este proceso que, en armonía con las consideraciones precedentes, evidencia que Tren de Occidente incumplió injustificadamente, la obligación de hacer que frente a Fiduestado trajero en la cláusula 17.1 del contrato de fiducia, consistente en gestionar oportunamente ante Ferrovías los giros de los recursos provenientes del contrato de concesión y su entrega a la fiduciaria, lo cual da pie para que prospere la pretensión segunda de la demanda arbitral.

2.1.6.9. Al sustentar la excepción denominada “Ausencia de mora en el pago de prestaciones de Tren de Occidente S.A. a Fiduestado”, la parte convocada expresa que no existe la obligación de pagar unas comisiones que jamás se causaron, pues Fiduestado no administró los dineros que nunca se invirtieron en el fideicomiso. Finalmente advierte que menos aún podía Fiduestado administrarlos desde que se ordenó la disolución y liquidación de Fiduestado en agosto 6 de 2002.

Sobre el particular observa el tribunal que, como ya se expuso, la totalidad de los recursos previstos en la cláusula 3 del contrato de fiducia debían ingresar al patrimonio autónomo y Tren de Occidente estaba obligado, según la cláusula 17.1, a gestionar oportunamente ante Ferrovías el giro de los recursos provenientes del contrato de concesión y su entrega a la Fiduciaria.

En esta medida, al haber celebrado un segundo contrato de fiducia, al cual fueron entregados parte de los recursos que debió haber recibido Fiduestado para ser integrados al fideicomiso, Tren de Occidente incumplió el contrato y por ello debe reconocer, a título de lucro cesante, el valor de las comisiones correspondientes.

En efecto, al no ingresar al patrimonio autónomo administrado por Fiduestado el saldo de los aportes de Ferrovías hechos con posterioridad al 10 de diciembre de 2001, Fiduestado sufrió un perjuicio injustificado, por cuanto por ese hecho se vio privada de realizar la gestión fiduciaria que le fuera contratada por Tren de Occidente, a partir de cuya ejecución podía la fiduciaria causar y cobrar las comisiones fiduciarias pactadas en el contrato de fiducia. Dicho perjuicio no deja de existir por el hecho de que con la constitución del segundo patrimonio autónomo en Fiducolombia no se vieran afectados los intereses de Tren de Occidente y de Ferrovías en el contexto del contrato de concesión, y se concreta en el lucro cesante representado en las comisiones que por la anotada causa dejó de percibir Fiduestado.

No obstante, el tribunal, por las razones que en detalle se exponen más adelante, encuentra que Tren de Occidente no estaba obligada a mantener la administración de los recursos en cabeza de Fiduestado a partir de la fecha en que se ordenó la disolución y liquidación de esta, por lo cual la excepción de “Ausencia de mora en el pago de prestaciones de Tren de Occidente S.A. a Fiduestado” ha de prosperar parcialmente en este último aspecto, con las implicaciones que se señalan al analizar lo relativo a los perjuicios reclamados por la parte convocante.

2.1.6.10. El perjuicio económico (lucro cesante) sufrido por Fiduestado referido en el párrafo precedente tuvo como causa el incumplimiento de Tren de Occidente de obligaciones que esta contrajo con ocasión de la celebración del contrato de fiducia mercantil de fecha 20 de enero de 1999, según lo ya explicado, por lo cual Tren de Occidente debe indemnizar a Fiduestado el daño causado. En consecuencia, no está llamada a prosperar la excepción de “Inexistencia de responsabilidad civil de Tren de Occidente S.A. ante Fiduestado”, en la cual la parte convocada afirma que al no haber incumplimiento suyo no se deriva responsabilidad civil y por lo tanto no hay lugar a condena en perjuicios⁽¹²⁾, y en cambio ha de acogerse por parte del tribunal la pretensión tercera de la demanda arbitral.

2.1.6.11. Tren de Occidente afirma que el contrato de fiducia terminó el 6 de agosto de 2002, fecha de expedición del Decreto 1717 de ese año, mediante el cual el Gobierno Nacional ordenó la disolución y liquidación de Fiduestado, por la causal legal prevista en el artículo 1240, numeral 7º, del Código de Comercio, norma conforme a la cual la disolución de la entidad fiduciaria es causa de extinción del negocio fiduciario.

Por su parte señala el apoderado de Fiduestado, en su alegato de conclusión (pág. 70), que la sociedad convocada ha “sostenido que una vez publicado el Decreto 1717 de 2004 (sic) mediante el cual el Gobierno Nacional ordenó la disolución y liquidación de Fiduciaria del Estado S.A., por mandato del numeral 7º del artículo 1240 del Código de Comercio, operó de facto una causal de extinción del contrato de fiducia mercantil, de tal manera que a partir de tal fecha, en su sentir, carecía la sociedad fiduciaria de capacidad para continuar administrando el Fideicomiso Concesión Red Pacífica, debiendo proceder a su liquidación inmediata”. Agrega que tal conclusión desconoce el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los literales *h* y *o* del numeral 9º del artículo 295, normas aplicables a la liquidación de Fiduestado por mandato expreso del Decreto 1717 de 2002, que en tales casos prevé que corresponde al liquidador adelantar todas las acciones tendientes a la continuación del negocio por parte de otro fiduciario, antes de proceder a realizar las restituciones a que haya lugar a los respectivos fideicomitentes, por lo cual ha de entenderse que la causal de extinción del negocio fiduciario contemplada en el numeral 7º del artículo 1240 del Código de Comercio, no opera *ipso jure*.

Sobre el particular observa el tribunal que el parágrafo segundo del artículo 2º del Decreto 1717 de 2002, por el cual el Gobierno Nacional ordenó la disolución y liquidación de Fiduestado, estableció:

“PAR. 2º—En desarrollo de lo dispuesto en los literales *h* y *o* del numeral 9º del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el liquidador podrá ceder negocios fiduciarios suscritos por la entidad, o propiciar acuerdos cuyo objeto consista en la continuación por un nuevo fiduciario de la gestión orientada a alcanzar las finalidades previstas en los contratos fiduciarios celebrados por Fiduciaria del Estado S.A., Fiduestado en liquidación, antes de efectuar las restituciones a que haya lugar”.

Por su parte, los literales mencionados del numeral 9º del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero disponen:

“9. Facultades y deberes del liquidador. El liquidador designado por el director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras tendrá la guarda y administración de los bienes que se encuentren en poder de la intervenida, de la masa de la liquidación o excluidos de ella y, además, los siguientes deberes y facultades:

“(....).

“(h) Ejecutar todos los actos y efectuar todos los gastos que a su juicio sean necesarios para la conservación de los activos y archivos de la intervenida;

“(....).

“o) Propiciar acuerdos cuyo objeto consista en la continuación por un nuevo fiduciario de la gestión orientada a alcanzar las finalidades previstas en los contratos fiduciarios celebrados por la entidad intervenida, antes de efectuar las restituciones a los fideicomitentes a que haya lugar, y (...)".

Si se analiza en primer lugar la norma del literal *o* del numeral 9º del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se encuentra que la misma lo que permite al liquidador de la entidad fiduciaria en liquidación es propiciar acuerdos para buscar la continuidad de la gestión fiduciaria con un nuevo fiduciario, lo cual implica entonces el consentimiento de las demás partes del contrato de fiducia mercantil. Por consiguiente, si al momento de la disolución, o aún con posterioridad a ella, existe la voluntad de las partes de propiciar tales acuerdos, la normatividad permite que los mismos tengan lugar y, en la medida en que se logre su perfeccionamiento, sería jurídicamente posible que la gestión orientada a alcanzar las finalidades previstas en los contratos fiduciarios celebrados por la entidad intervenida continúen por parte de otra entidad legalmente autorizada para el efecto, bajo el mismo contrato fiduciario, si este es cedido, o bajo uno nuevo.

Pero, en cambio, si existe una voluntad en sentido contrario de una de dichas partes, es claro que no se puede configurar el acuerdo que el precepto transcritto exige para continuar con un nuevo fiduciario la gestión encomendada, y como el contrato de fiducia mercantil no puede continuar en cabeza de una entidad que se encuentra en liquidación, el mismo debe terminar.

Esta conclusión no se ve alterada por el contenido del parágrafo 2º del artículo 2º del Decreto 1717 de 2002, pues el hecho de que el mismo establezca que el liquidador puede “ceder negocios fiduciarios suscritos por la entidad, o propiciar acuerdos cuyo objeto consista en la continuación por un nuevo fiduciario de la gestión orientada a alcanzar las finalidades previstas en los contratos fiduciarios celebrados por Fiduciaria del Estado S.A., Fiduestado en liquidación, antes de efectuar las restituciones a los fideicomitentes a que haya lugar”, no permite concluir que en casos como el que se examina en el presente proceso, en el cual es particularmente relevante la entidad fiduciaria, esta pueda cederlo a otro fiduciario, o propiciar otro tipo de acuerdo tendiente a la continuación de la gestión, sin el consentimiento del fideicomitente y los beneficiarios de la fiducia.

Ahora bien, la prueba de los supuestos de hecho previstos en una norma legal cuya aplicación se pretende, corresponde a quien solicita dicha aplicación. En este caso, ha de descartarse la cesión del contrato de fiducia, el cual, entiende el tribunal, después de la disolución de Fiduestado continuó con las mismas partes fideicomitente y fiduciaria que lo celebraron, y Fiduestado no acreditó ningún acuerdo cuyo objeto consista en la continuación por un nuevo fiduciario de la gestión orientada a alcanzar las finalidades previstas en dicho contrato.

Por el contrario, se evidenció que el fideicomitente Tren de Occidente no quiso que el manejo fiduciario de la totalidad de los recursos desembolsados por Ferrovías continuara siendo realizado por Fiduestado, a cuyo fin celebró un segundo negocio fiduciario con Fiduocolombia, de lo cual infiere el tribunal que al momento de la disolución de Fiduestado no existía voluntad del fideicomitente para explorar acuerdos de los contemplados por las normas legales arriba transcritas y, en consecuencia, ha de entenderse que el contrato de fiducia terminó el 6 de agosto de 2002, por la causal legal prevista en el numeral 7º del artículo 1240 del Código de Comercio.

Por consiguiente, como ya se dijo atrás, prospera parcialmente la excepción propuesta por la parte demandada, denominada “Ausencia de mora en el pago de prestaciones de Tren de Occidente S.A. a Fiduestado”, en el aparte en que sostiene que Fiduestado no podía administrar los recursos desde que se ordenó la disolución y liquidación de dicha sociedad.

Por todo lo expuesto con relación a la demanda de Fiduestado, si bien prosperará su reclamación a Tren de Occidente, igualmente —y por las razones que acaba de exponer el tribunal— el resarcimiento que corresponda se tasará limitándolo a lo que ocurrió hasta el día 6 de agosto de 2002, fecha en la que, por fuerza de los mandatos legales ya citados, terminó el contrato de fiducia. El análisis del daño y su cuantificación se presenta más adelante.

2.2. La demanda de reconvención de Tren de Occidente.

Seguidamente, el tribunal aborda el estudio de la demanda de reconvención, en orden a lo cual se analizan por separado los cargos de incumplimiento que Tren de Occidente le endilga a Fiduestado, a saber, de un lado, por el

pago indebido de rendimientos a favor de la dirección del tesoro nacional (o subsidiariamente por su omisión en la defensa de los bienes que integran el patrimonio autónomo, al no haber agotado las acciones tendientes a obtener el reintegro a favor de este de las sumas así pagadas), y, de otro lado, por el pago indebido con cargo al patrimonio autónomo del impuesto de renta por el año gravable 2002 (o subsidiariamente por su omisión en la defensa de los bienes que integran el patrimonio autónomo, al no haber agotado las acciones tendientes a obtener el reintegro de dicha suma, a favor del patrimonio autónomo).

2.2.1. Demanda por el pago indebido de rendimientos a la dirección del tesoro nacional.

En su demanda de reconvenCIÓN Tren de Occidente solicitó (pretensión segunda) que se declarara que Fiduestado, es responsable civilmente ante el patrimonio autónomo denominado fideicomiso - Concesión Red Pacífica y ante la sociedad Tren de Occidente, como fideicomitente y beneficiario del mismo patrimonio autónomo, por el incumplimiento del contrato de fiducia, derivado del pago indebido a favor de la dirección del tesoro nacional de la suma de \$ 3.789.112.839,67, girados entre julio 31 de 2000 y julio 31 de 2002, pago que ha debido hacerse al patrimonio autónomo. Así mismo, solicitó en subsidio (pretensión segunda subsidiaria) que se declarara que Fiduestado es responsable civilmente, ante las mismas entidades ya señaladas, por la omisión en la defensa de los bienes que integran el patrimonio autónomo, al no haber agotado las acciones tendientes a obtener el reintegro a favor del patrimonio autónomo denominado fideicomiso - Concesión Red Pacífica de la suma de \$3.789.112.839,67. Finalmente, como consecuencia de dicha declaración solicitó que se condenara a Fiduestado al pago y consignación en el patrimonio autónomo denominado fideicomiso Concesión Red Pacífica, que actualmente administra Fiducolombia S.A., de la suma mencionada, más la indexación conforme al índice de precios al consumidor. Así mismo solicitó que se condenara al pago de intereses.

Como fundamento de sus pretensiones se refirió a la cláusula 7 del contrato de fiducia y al otrosí número 1, para señalar que Fiduestado incumplió el contrato de fiducia al hacer una interpretación equivocada de dicha cláusula, pues sobre el primer aporte que efectuó Ferrovías, el 7 de julio de 1999, no esperó un año, para determinar cual suma quedaba en el patrimonio autónomo y así causar y pagar los rendimientos al tesoro nacional, sino que hizo corte a diciembre de 31 de 1999 y sobre el saldo a dicha fecha comenzó a causar y girar los rendimientos a favor del tesoro nacional, por lo cual concluye que Fiduestado giró erróneamente a la dirección del tesoro nacional los rendimientos entre el 1º de enero de 2000 y el 6 de julio de 2000 que le correspondían al patrimonio autónomo. Tales pagos indebidos los continuó efectuando Fiduestado sobre todos los aportes anuales que hizo Ferrovías hasta julio 10 de 2002.

Así mismo se refiere al acta 46 y al otrosí 8 al contrato de concesión, en donde se aclara que al tesoro nacional le corresponderían los rendimientos que se causaran sobre los saldos de los aportes que quedaran después de un año de haberse efectuado. Señala que no obstante que esos documentos eran interpretativos de la cláusula 7 del contrato de fiducia y por ello con efectos retroactivos, Fiduestado se negó a cumplir con tales acuerdos y sus deberes de adelantar las acciones legales para obtener la compensación o devolución de los rendimientos. Finalmente observa que Fiduestado no ha hecho ninguna gestión para obtener la devolución de los rendimientos.

Por su parte, Fiduestado se opone a las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN y afirma que no es cierto que la fiduciaria haya realizado una aplicación indebida y menos incumplido el contrato de fiducia, pues con base en el contrato se liquidaron y pagaron los rendimientos a la dirección del tesoro nacional. Agrega que la metodología de cálculo y distribución de los rendimientos financieros producidos por los aportes de Ferrovías, fueron conocidos por la demandante en cada oportunidad, sin que formulara inconformidad alguna y además fueron ratificadas en forma expresa. Además, no es cierto que la fiduciaria haya admitido la realización de giros en exceso en comunicación del 13 de septiembre de 2002, pues lo que hizo fue realizar una estimación o cálculo de los rendimientos en el evento de acogerse el efecto retroactivo de los acuerdos celebrados entre la concesionaria y Ferrovías. Expresa que en reunión del 26 de julio de 2002 se convino acoger un nuevo mecanismo para efectuar la liquidación de los rendimientos financieros, con base en el acta de acuerdo 46. Si bien en dicha reunión el representante del Tren de Occidente manifestó que la liquidación debía efectuarse en forma retroactiva, posteriormente desistió de tal interpretación al ratificar explícitamente las liquidaciones de rendimientos efectuadas hasta julio de 2002. Agrega que ni el acta de acuerdo 46 ni el otrosí 8 indican que tuvieran efectos retroactivos. Además el acta 46 y el otrosí 8, que contienen acuerdos entre Tren de Occidente y Ferrovías no podían interpretar

la cláusula 7 del contrato de fiducia.

Sobre el particular considera procedente, en primer lugar, señalar el tribunal que toda entidad fiduciaria debe actuar diligentemente para el cumplimiento de la fiducia y por ello el artículo 1243 del Código de Comercio dispone que responde “hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”. Así mismo en el caso concreto, la cláusula 27 del contrato de fiducia dispone que la fiduciaria adquiere obligaciones de medio y que se obliga a realizar diligentemente todos los actos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, “respondiendo hasta de la culpa leve”.

Si bien para definir la culpa leve el artículo 63 del Código Civil hace referencia a la conducta que los “hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, lo cual se ha interpretado que implica tomar en cuenta el patrón de conducta del “buen padre de familia”, cuando se trata de profesionales, se ha señalado que en tales casos el modelo de comparación debe ser el buen profesional, e incluso se advierte que dentro del concepto de buen profesional deben tomarse varios modelos, pues, p. ej., no es posible examinar con el mismo patrón la conducta del médico de una pequeña población y la del especialista⁽¹³⁾. En igual sentido se advierte que el mandatario debe emplear todos los cuidados que se usan en el sector de su actividad cuando se trata de un profesional⁽¹⁴⁾. En particular, la Corte Suprema de Justicia ha distinguido entre la diligencia que se exige a las personas en general, que corresponde a la del buen padre de familia, y aquella que se espera de los profesionales⁽¹⁵⁾, y por ello en relación con los establecimientos bancarios ha señalado que⁽¹⁶⁾ “a la hora de apreciar la conducta de uno de tales establecimientos, es necesario tener presente que se trata de un comerciante experto en la intermediación financiera, como que es su oficio, que maneja recursos ajenos con fines lucrativos y en el que se encuentra depositada la confianza colectiva”.

De esta manera, el análisis de la responsabilidad del fiduciario implica examinar en el caso concreto, si su conducta correspondió a la que habría observado un profesional fiduciario prudente y diligente.

Partiendo de lo anterior, procede entonces el tribunal a analizar la controversia entre las partes en lo relativo a los rendimientos.

En primer lugar, la cláusula 7 del contrato de fiducia disponía en su tenor original lo siguiente (fl. 258 del cdno. de pbas. 1):

“Los rendimientos que produzcan los saldos a partir del año de haber sido efectuados los desembolsos por Ferrovías a favor del fideicomiso que se constituye por este contrato no harán parte del patrimonio autónomo, sino que se pagarán a Ferrovías, para lo cual se realizarán cortes mensuales”.

Esta cláusula fue modificada por el otrosí 1, por exigencia de Ferrovías, expresada mediante comunicación del 27 de enero de 1999, pues el texto no correspondía a la minuta incorporada a los pliegos de condiciones del contrato de concesión (fls. 269 y 270 del cdno. de pbas. 1).

Ahora bien, en las consideraciones cuarta y sexta de este otrosí se dijo:

“Cuarta. De acuerdo con lo solicitado por Ferrovías, el fideicomitente y fiduciario han considerado necesario realizar un ajuste a la cláusula séptima, disposición de los rendimientos de los recursos, en el sentido de precisar que los intereses que produzcan los saldos a partir del año de haber sido efectuados los desembolsos por Ferrovías a favor del fideicomiso que se constituye por este contrato no harán parte del patrimonio autónomo, sino que se pagarán a Ferrovías, para lo cual se realizarán cortes mensuales”.

“Sexta. Que teniendo en cuenta lo expuesto en las consideraciones anteriores, se hace necesario proceder a modificar el contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, suscrito entre las partes mencionadas en la comparecencia de este contrato, el día veinte (20) de enero de 1999, donde se establezcan las aclaraciones en tal sentido”.

De esta manera, en dicho otrosí se dispuso que la cláusula 7 del contrato de fiducia quedaría de la siguiente forma:

“Los intereses que produzcan las sumas ingresadas durante determinado año al patrimonio autónomo durante los

años posteriores a aquel en que se efectuó la entrega no se integrarán al patrimonio, sino que se pagarán a Ferrovías para lo cual se realizarán cortes mensuales”.

Si se analiza el texto del otrosí se encuentra lo siguiente:

Por una parte, la consideración cuarta del otrosí hace referencia a que se busca precisar que no harán parte del Fideicomiso los intereses que produzcan los saldos a partir del año de haber sido efectuados los desembolsos por Ferrovías a favor del fideicomiso. El texto de esta consideración concuerda entonces con el que tenía originalmente la cláusula 7 del contrato de fiducia.

Por el contrario, el texto de la modificación a la cláusula 7 tiene, desde el punto de vista de su tenor literal, un significado distinto:

En efecto, en primer lugar, la cláusula se refiere a los intereses que produzcan las sumas integradas “durante determinado año”. La expresión “durante determinado año”, indica que se encontraba corriendo un año y que en el mismo se producen aportes al fideicomiso. Dicho año podría ser calendario o contractual. Se trataría en este último caso del período anual que correría a partir de la celebración del contrato. Sin embargo, ni en el contrato ni entre las partes se hace referencia a un año contractual. De esta manera, debería entenderse que se trata del año calendario durante el cual se hacen los aportes.

A continuación la cláusula se refiere a los intereses que se produzcan “durante los años posteriores a aquel en que se efectuó la entrega”. Así las cosas, si cuando se hace referencia al año en que se produjo la entrega se está haciendo relación a un año calendario, igualmente los años posteriores deben entenderse años calendarios.

De este modo, el tenor literal de la cláusula 7 del contrato de fiducia indicaría que lo que se debe pagar a Ferrovías son los intereses que se generen durante los años calendario posteriores a aquel en que se efectuaron los desembolsos.

Ahora bien, es claro entonces que el texto de la consideración cuarta del otrosí no corresponde al de la modificación de la cláusula 7. Desde este punto de vista es pertinente recordar que el artículo 1620 del Código Civil establece como criterio de interpretación que “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. En el presente caso, si las partes han pactado un otrosí alterando la redacción de la cláusula 7, debe entenderse que dicha modificación debe tener un efecto y que por consiguiente, en principio, según el criterio mencionado, no es razonable entender que el sentido del texto modificado sea idéntico al del texto original del contrato, sobre todo si se tiene en cuenta que en dicha modificación se estaba regulando los derechos que tendría un tercero, que precisamente solicitó la reforma.

De esta manera, para el tribunal, la interpretación que siguió la fiduciaria, que tomó como fecha de corte la del año calendario, corresponde al texto literal del otrosí 1.

Pero, adicionalmente, debe observarse que dicha interpretación correspondió a lo que fue la conducta de las partes durante la ejecución del contrato de fiducia.

En efecto, en primer lugar mediante comunicación Gap 269 de agosto de 2000 (fl. 494 del cdno. de pbas. 3), dirigida a la Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico, con copia radicada en la interventoría el 10 de agosto de 2000, el doctor Andrés Bermúdez Rojas, gerente de administrador de Portafolio de la Fiduciaria, envió copia de la consignación realizada “según las instrucciones de Ferrovías...” Así mismo, envió los soportes de la liquidación de intereses (fl. 497 a 506), y precisó que “Se reconocen intereses sobre \$ 7.372.956.659.oo desde el 7 de julio de 1999 al 6 de julio de 2000”. De esta manera, para calcular los intereses se tomó en cuenta un año contado a partir de la fecha del ingreso del desembolso de Ferrovías al fideicomiso. Esta interpretación correspondería al texto original del contrato de fiducia y a la cuarta consideración del otrosí 1.

Sin embargo, con posterioridad a tal hecho, la firma Orozco Pardo y Asociados, que a la sazón era asesora de las dos partes⁽¹⁷⁾, y a quien se le solicitó realizar una reunión sobre el tema de la declaración de renta, según manifestó en su declaración el doctor Luis Eduardo Avellaneda, envió un concepto a la directora de contabilidad de fiduciaria del Estado, el 30 de octubre de 2000, en el cual expresó (fl. 508 a 509 del cdno. de pbas. 3):

“Rendimientos financieros

“En los términos de la cláusula séptima del contrato de fiducia mercantil, modificada por el otrosí 01 de febrero de 1999, los rendimientos que produzcan los dineros aportados por Ferrovías en cumplimiento del contrato de concesión, se integrarán al patrimonio autónomo, siempre y cuando se hayan generado en el mismo año de la entrega de los dineros. A partir del año siguiente al aporte de los dineros, los rendimientos financieros que se devenguen serán propiedad de Ferrovías.

“Así las cosas, los rendimientos financieros devengados sobre los aportes efectuados en el año 1999, entre la fecha de la entrega y el 31 de diciembre, son rendimientos financieros propios del patrimonio autónomo, los cuales deberán registrarse en su contabilidad como ingresos financieros en el estado de resultados.

“Los rendimientos financieros devengados por estos mismos aportes, a partir de enero 1º de 2000, serán propiedad de Ferrovías, por lo que deberán registrarse como una cuenta por pagar a favor de este.

“Una vez se utilicen estos aportes, mediante pagos al concesionario por el desarrollo de obras de rehabilitación, y en consecuencia no haya lugar a la generación de rendimientos, el patrimonio autónomo no registrará nuevas obligaciones a favor de Ferrovías por tal concepto”.

Lo anterior dio lugar a que se hicieran por la fiduciaria unas reliquidaciones de rendimientos, tal y como consta en las comunicaciones Gcon 092 y Gcon 188 del 2000. En efecto por comunicación Gcon 092 (fls. 512 y 513 del cdno. de pbas. 3) del 3 de noviembre de 2000 dirigida a la Concesionaria del Pacifico, se expresó por la fiduciaria:

“De acuerdo a lo conversado en la reunión sostenida el pasado 24 de octubre entre la concesionaria, la fiduciaria y la firma Orozco, Pardo y Asociados, y más específicamente, a lo concluido en desarrollo de esta reunión, he liquidado nuevamente los rendimientos sobre los aportes de Ferrovías contemplando las siguientes variables:

“Ferrovías se considera beneficiario del fideicomiso exclusivamente en la porción que corresponda a los rendimientos de los aportes no consumidos en los años posteriores a los desembolsos, es decir, a partir del primero de enero del año siguiente en el que el fideicomiso reciba recursos y hasta que se consuman los recursos bajo la modalidad de primeros en entrar primeros en salir...”.

En dicha comunicación se indica entonces cual es el valor que se debe girar y se precisa que “De acuerdo a lo convenido en la reunión este monto se descontará de los giros a ser efectuados por el Fideicomiso a Ferrovías en el año 2001”. Igualmente se expresa: “Esperamos sus observaciones al anterior cálculo y las instrucciones, si así lo considera procedente, de enviarlo copia a Ferrovías y el interventor”.

Así mismo en comunicación Gcon 188 (fls. 517 a 518 del cdno. de pbas. 3) enviada por Fiduciaria del Estado al Consorcio Gerenciar S.A., el 27 de diciembre de 2000, se hace referencia igualmente a la reunión a la que se refiere la comunicación anterior y se expresa:

“(...) Al respecto me permito comunicarle que de acuerdo a lo discutido en reunión sostenida por esta fiduciaria con el concesionario y su asesor legal tributario, se llegó a la conclusión que para dar cumplimiento a lo estipulado en el contrato de concesión y en el contrato de fiducia mercantil y su otrosí, los rendimientos sobre los aportes de Ferrovías se deben girar mensualmente, calculado sobre el total aportado en el año inmediatamente anterior y no consumido en la fecha de cálculo. Este cálculo sigue la política de inventarios ‘primeros en entrar primeros en salir’”.

“Partiendo de lo anterior, esta fiduciaria ha realizado el cálculo correspondiente bajo las siguientes bases de cálculo:

“Total de aportes en 1999: \$14'772.948.317.00.

Se reparten rendimientos proporcionalmente sobre el total de los recursos y se capitaliza a diario.

El plazo va desde el 1º de enero de 2000 y hasta el 26 de julio de 2000 fecha en que se desembolsó \$ 22.205 millones de pesos al concesionario.

Se descuenta comisión sobre rendimientos Clip y Portafolio.

“Como resultado de este cálculo, el cual encontrará anexo podrá notar que el valor a girar en los primeros días de agosto correspondía a \$ 892.921.829.22. Como usted conocerá el 4 de agosto de 2000 se giró a Ferrovías un total de \$1.041.286.117.90, por lo que el Fideicomiso pagó en exceso a Ferrovías un total de \$148.415.738.29.

“De acuerdo a lo convenido en la reunión antes mencionada esta fiduciaria procederá a descontar de los giros del año 2001 los \$148 millones de pesos antes mencionados”.

Como se puede observar, en ambos documentos se hace referencia a la reunión sostenida con los representantes de la firma Orozco Pardo y se elabora una reliquidación partiendo de la base de que la fecha de corte debe ser la del año calendario. Al ser preguntado el doctor Bermúdez sobre esta reliquidación, manifestó que ello ocurrió porque se consideró que el primer cálculo había sido erróneo porque “no se debía calcular desde julio/99 hasta julio/2000, sino desde el 1º de enero/2000 hasta el 26 de julio/2000”.

Igualmente, al ser preguntado el mismo testigo sobre la posición de Tren de Occidente en relación con estas reliquidaciones en las reuniones sostenidas, expresó:

“Sr. Bermúdez: De acuerdo a la comunicación y a mi memoria estimo que estuvimos de acuerdo en la fórmula de recálculo”.

A lo anterior se agrega que no obra en el expediente constancia de que se hubiera hecho observación alguna sobre tales comunicaciones, a pesar de que en la primera de ella se le solicitaba a la concesionaria un pronunciamiento.

Por otra parte, Fiduestado, realizó los giros de rendimientos subsiguientes en la cuenta habilitada de la dirección del tesoro nacional correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2001, y enero a junio del año 2002, lo que fue comunicado a Ferrovías con copia a la Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico y al consorcio gerenciar, anexando copia de la consignación realizada y del cálculo que soporta la respectiva liquidación (fls. 524 a 532, 538 a 561, 575 a 583, 625 a 638 y 642 a 647 del cdno. de pbas. 3).

En dichos anexos se señala claramente cuáles fueron los aportes de Ferrovías sobre los que se calcularon los rendimientos, cuáles fueron los rendimientos y la fecha a la cual correspondían. De su contenido claramente podía el concesionario concluir cómo se habían calculado los rendimientos que se giraban.

No obra en el expediente prueba de que la concesionaria hubiese formulado observación alguna sobre este particular.

Así mismo, en los documentos denominados rendiciones e informes de cuentas enviados por la fiduciaria se señala cuáles son los egresos registrados en cada mes y se incluye el “giro de los rendimientos de los aportes de años anteriores a Ferrovías por valor de ...” o “la causación de la cuenta por pagar a Ferrovías por concepto de rendimientos de los aportes por valor de ...”. y “... el reembolso de los rendimientos del mes ... efectuado a Ferrovías” (fls. 873, 892, 909, 931, 952, 973, 995, 1013, 1036, 1087, 1110, 1134, 1161, 1187 y 1212 del cdno. de pbas. 4). No obra en el expediente constancia alguna de que el fideicomitente haya realizado observación al respecto.

Todo lo anterior indica que se modificó la metodología para calcular los rendimientos que se debían girar a Ferrovías, que ello se hizo con base en una opinión del asesor tributario que fue consultado en relación con el asunto, que dicho cambio se aplicó por la fiduciaria, y que Tren de Occidente no formuló reparos, a pesar de que la misma estaba enterada de tal hecho.

Desde este punto de vista debe observar el tribunal que con los informes de los pagos hechos a Ferrovías y de las rendiciones de cuentas, Tren de Occidente, que por lo demás es un profesional, pudo conocer la forma como se habían liquidado y pagado los rendimientos.

Por lo demás, el representante legal de Tren de Occidente, en declaración de parte reconoció que los giros

correspondientes a los meses de enero a octubre de 2001 y enero a junio de 2002 se hicieron conforme a la metodología de las comunicaciones referidas, pero que “nunca estuvimos de acuerdo con ella, siempre pensamos que debería ser el año calendario, es decir 365 días y no el año terminado en el 31 de diciembre de cada año” (fl. 2867). Así mismo al ser preguntado si se habían efectuado reparos por escrito a la metodología, precisó (fl. 2868):

“No tengo en este momento recuerdo, tendría que revisar, pero en los distintos comités operativos del fideicomiso quedaron sentadas nuestras inconformidades con eso, tal es así que en el acta del comité, en el acta 3 del comité operativo esta (sic) plasmada claramente nuestra inconformidad a esa metodología y que si bien es cierto estábamos frente a unas premuras que siempre la fiduciaria nos puso y era la declaración de renta del fideicomiso, siempre era el fideicomiso declara renta en lo cual tampoco estábamos de acuerdo.

“Nosotros teníamos claro que el fideicomiso no debía declarar renta, pero ante esta dualidad de conceptos y toda esta dicotomía en los conceptos sobre el tema de los rendimientos financieros tomaba la premura de declarar renta y entonces la fiduciaria siempre decía mire es que si no declaro renta entonces va haber unas sanciones y ustedes van a ser responsables, entonces nos tocaba aprobar digamos esa metodología, pero igual esta en varias de las comunicaciones suscritas por mi en que si bien es cierto aceptamos esa metodología pero no compartimos la metodología, lo hacíamos de manera para evitarnos algún tipo de problema con la Dirección Nacional de Impuestos Nacionales y siempre nos reservamos el derecho a reclamar esos rendimientos financieros para el patrimonio autónomo, eso esta (sic) en varias comunicaciones” (se subraya).

En cuanto se refiere al acta 3 (fls. 426 a 428 del cdno. de pbas. 2) observa el tribunal que en ella se expresa⁽¹⁸⁾ que el interventor del contrato señala que el concesionario y Ferrovías no se han puesto de acuerdo en el beneficiario de los rendimientos, y que en opinión de la interventoría es Ferrovías. Agrega la interventoría que la concesionaria solo tenía derecho a recibir 120 millones de dólares, por lo cual los rendimientos se debían girar a la tesorería. Por su parte, la fiduciaria explica que el beneficiario del fideicomiso y de los rendimientos era el concesionario. En dicha acta no se encuentra constancia de que Tren de Occidente hubiera formulado observación alguna. Si bien el acta no es suficientemente clara, de ella aparentemente se desprende que la interventoría sosténía que la totalidad de los rendimientos pertenecían a Ferrovías. Por consiguiente, el debate no se centraba en ese momento en el período anual que se debía tomar para calcular los rendimientos a girar a Ferrovías. Lo anterior además se reafirma si se tiene en cuenta que precisamente la posición de la interventoría explica la consulta elevada posteriormente a la dirección general de presupuesto.

Por lo demás, no encuentra el tribunal que en otras comunicaciones de la época se hayan hecho reservas del derecho a reclamar por la forma de calcular los rendimientos financieros.

Por otra parte, en la ayuda de memoria de enero 31 de 2002 (fl. 619 del cdno. 3) que da cuenta de una reunión del comité operativo del fideicomiso, de la cual no se dejó constancia en acta, y a la cual asistió el representante de Tren de Occidente se expresa:

“3. Reintegro de los rendimientos a Ferrovías.

“La doctora Guiovanna Silva, expone que para la Fiduciaria del Estado S.A., es muy importante que se tenga un concepto unificado acerca de la propiedad de los rendimientos financieros producidos por los aportes de Ferrovías, debido a que esta determinación podría afectar el procedimiento que se efectúa para la liquidación de los rendimientos que se le entregan mensualmente a la dirección del tesoro nacional a buena cuenta de Ferrovías.

“Así mismo, se menciona que de acuerdo a solicitud efectuada por el doctor Luis Adolfo Tamara García vicepresidente financiero de Ferrovías el 17 de septiembre de 2001 mediante comunicación vf-269-2001, a través de la cual solicitaba que la fiduciaria explicara el procedimiento que había utilizado para liquidar los rendimientos por cada aporte que se había efectuado, y el procedimiento de liquidación y pago de los mismos, esta fiduciaria remitió la liquidación y el procedimiento utilizado a partir de julio de 1999 y a la fecha no se ha recibido una comunicación en donde se expongan las inquietudes respecto de la forma en que se están liquidando los rendimientos.

“Por tal motivo, la fiduciaria en esta reunión, solicita a la Empresa Colombiana de Vías Férreas — Ferrovías,

lleguen a un acuerdo que establezca la propiedad de los rendimientos financieros y el procedimiento que debe utilizarse para la liquidación de los mismos. Si con el nuevo procedimiento planteado se requieren efectuar modificaciones o verificaciones a la información de los giros anteriores, la fiduciaria está dispuesta a efectuar los cálculos que se requieran para ajustarlos al acuerdo establecido al respecto por las partes”.

Como se desprende de la lectura de este documento, Ferrovías había solicitado información sobre el procedimiento para liquidar los rendimientos y la fiduciaria entonces solicita un acuerdo de las partes sobre la forma de de determinar la propiedad de los rendimientos. Vale la pena señalar que no fue Tren de Occidente el que al parecer tenía inquietudes sobre la propiedad de los rendimientos, sino ferrovías, las cuales aparentemente habían sido generadas por la interpretación que en ese momento tenía la intervención.

El apoderado de Tren de Occidente advierte que de la lectura de esos párrafos se nota con claridad que para la fecha de la reunión de que da cuenta la ayuda de memoria, que se verificó seis meses antes de la suscripción del otrosí 8 que finalmente aclaró el asunto, continuaba la discusión sobre la propiedad de los rendimientos y a pesar de ello Fiduestado siguió girando rendimientos en forma ilegal a Ferrovías hasta julio de 2002.

En relación con este aspecto debe advertir el tribunal que del texto mismo de la referida ayuda de memoria se desprende que para la fiduciaria podía haber una duda sobre la forma como habría de determinarse la propiedad de los rendimientos, habida cuenta de la solicitud presentada por Ferrovías y las observaciones del interventor, que consideraba que la totalidad pertenecían a la Nación. No se trataba entonces, o por lo menos así no lo indica el documento, de una discusión acerca de cuál era la fecha de corte que debía adoptarse para liquidar los rendimientos que pertenecían a Ferrovías, cuya conclusión podría generar que no debieran girarse determinados rendimientos a dicha entidad, sino por el contrario, lo que existía era un discusión sobre la propiedad de los rendimientos, por razón del origen público de los recursos que los generaban, lo cual podría dar lugar a que todos los rendimientos se debieran entregar a Ferrovías.

Por lo demás, como ya se observó, el comportamiento de la fiduciaria se ajustaba al tenor literal del otrosí 1, al concepto de un asesor tributario de ambas partes y a la aplicación que a dicha metodología en el pasado, todo lo cual, a juicio del tribunal, excluye que por parte de Fiduestado se haya obrado con negligencia.

Advierte el apoderado de Tren de Occidente que las rendiciones de cuentas que se invocan no llenan los requisitos que contempla el literal i del numeral 1.5 y el literal c del numeral 3º, del capítulo primero del título quinto de la circular básica jurídica número 7 de 1996 de la [\(*\) Superintendencia Bancaria](#). Por esta razón no pasan de ser informes que no tienen el poder liberatorio de unas verdaderas rendiciones de cuentas.

Lo primero que debe observarse es que el numeral 1.5 del título quinto de la circular básica jurídica establece cuál debe ser el contenido de los modelos de contratos fiduciarios y en particular que los mismos deben precisar el deber de rendir cuentas. Por otra parte el numeral 2º de dicho capítulo regula diversos aspectos de las rendiciones de cuentas. De esta manera, no encuentra el tribunal claramente establecido cuáles son los elementos que a juicio de Tren de Occidente determinan que no existió una verdadera rendición de cuentas. En todo caso, no sobra observar que en materia de rendición de cuentas expresa la circular mencionada en su numeral 2.9 que “No existe una forma única establecida para rendir cuentas comprobadas pero, sea cual fuere el sistema utilizado, la misma debe basarse en soportes o documentos que comprueben la veracidad de la actuación, observando, cuando menos, las instrucciones que a continuación se imparten para cada tipo de negocio fiduciario y teniendo presente que la comprobación exigida por la ley se satisface con la utilización de procedimientos que le permiten al fideicomitente y/o beneficiario tener conocimiento de la existencia de los soportes documentales que acreditan las diversas actuaciones del fiduciario, en el entendido de que deben hacer factible la verificación o revisión física de tales soportes cuando aquellos así lo estimen pertinente”. En la misma circular la [\(*\) Superintendencia Bancaria](#) distingue entre la rendición de cuentas en la cual “el fiduciario debe justificar, argumentar y demostrar, con certeza, a través de los medios pertinentes, el cumplimiento de la labor encomendada en el acto constitutivo o en la ley”, y el mero informe cuya “finalidad es meramente la de comunicar o reportar algunas actividades o situaciones llevadas a cabo por el fiduciario con el propósito de poner en conocimiento de los interesados de desarrollo y estado de la gestión” y el cual “No supone, pues, que tal información sea comprobada”.

Ahora bien, en el caso concreto se tiene que, en primer lugar, los documentos elaborados cumplen lo previsto por

la cláusula 16 del contrato de fiducia que regula el contenido de la rendición de cuentas; en segundo lugar, en los documentos denominados rendición de cuentas se señalaban los valores girados a Ferrovías por concepto de rendimientos; así mismo, la fiduciaria comunicaba a Ferrovías, con copia a la concesionaria, los valores consignados a la tesorería, acompañando la forma de cálculo y el recibo de consignación correspondiente. De esta manera, la rendición de cuentas, tenía como complemento los informes ya mencionados. Del conjunto de tales documentos, que recibía la concesionaria, la misma conocía con claridad cuál había sido la gestión de la fiduciaria y los soportes correspondientes. Todo lo anterior acredita en relación con este aspecto particular el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas. No sobra advertir, adicionalmente, que no obra dentro del expediente que durante la ejecución del contrato Tren de Occidente haya hecho observación alguna sobre el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas y en particular sobre el hecho que las mismas no le permitían conocer las actuaciones de la fiduciaria.

Desde otra perspectiva, los informes y las cuentas remitidas permiten concluir que Tren de Occidente conocía la forma como la fiduciaria estaba cumpliendo la cláusula 7 del contrato de fiducia, tal como fue modificada por el otrosí 1, y no formuló reparo a ello, lo cual determina que existió una aplicación práctica del contrato por una de las partes con la aprobación de la otra, en los términos del artículo 1620 del Código Civil. A este respecto observa el tribunal que el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos impone actuar con lealtad, de tal manera que cada uno de los contratantes pueda confiar en el otro. Lo anterior determina que si una parte informa a la otra la forma como está ejecutando el contrato, esta última si considera que haya allí un error de interpretación, debe comunicarlo a su cocontratante y no guardar silencio permitiendo que se desarrolle y extienda una situación que a su juicio puede constituir un incumplimiento contractual.

Por otra parte, advierte el apoderado de Tren de Occidente que las rendiciones de cuentas aunque fueren aprobadas, jamás exoneran de responsabilidad a los administradores de negocios ajenos. A tal efecto precisa el caso de los administradores de sociedades, que según el artículo 45 de la Ley 222 de 1995 continúan respondiendo por sus actos culposos, no obstante que sus cuentas hayan sido aprobadas.

Sobre este punto considera necesario el tribunal precisar lo siguiente:

Las normas que regulan la fiducia mercantil no determinan cuál es el efecto de la rendición de cuentas o de los informes que rinda el fiduciario. En esta medida, considera el tribunal que deberá remitirse a las normas que regulan la gestión de negocios ajenos. En este sentido, desde la perspectiva de la obligación de rendir cuentas que existe en el mandato civil ha señalado la doctrina que el mandatario queda liberado de sus obligaciones cuando así lo consiente el mandante, lo cual ocurre normalmente cuando se producen y aprueban las cuentas, pero ello no cubre las culpas del mandatario que sean descubiertas posteriormente, salvo que haya una clara renuncia del mandante, la cual no resulta de la simple aprobación de la cuenta¹⁹. De esta manera, la aprobación significa una liberación respecto de lo que el mandante ha podido conocer y no podría ser de otra manera, pues ello sería permitirle volver contra sus propios actos. Ahora bien, desde el punto de vista del mandato comercial se encuentra que el artículo 1270 del Código de Comercio, después de regular las obligaciones de rendir cuentas y suministrar informes por parte del mandatario, establece que “Si el mandante no respondiere a la comunicación del mandatario en un término prudencial, su silencio equivaldrá a aprobación, aunque el mandatario se haya separado de sus instrucciones o excedido el límite de sus facultades”. Esta regla se funda en el principio de la buena fe en la ejecución del contrato, por las razones ya expuestas. Es obvio que para que esta regla se pueda aplicar es necesario que la información que se suministra al mandante le permita conocer la realidad de la actuación cumplida por el mandatario²⁰, porque solo en tal caso podría entenderse que el mandante quiere aprobar la gestión. Pero cumplido lo anterior, el silencio del mandante implica aprobación. Lo anterior implicará en un contrato de fiducia que las cuentas que no son glosadas en un término razonable quedan aprobadas.

En cuanto se refiere al artículo 45 de la Ley 222 de 1995, que invoca el apoderado de Tren de Occidente, la primera pregunta que debe hacerse es si el mismo es una aplicación de una regla general o, por el contrario, una norma especial para un caso particular. Desde este punto de vista observa el tribunal que el principio general de que nadie puede volver contra sus propios actos implica en principio que si una persona aprueba la gestión de otra, no podría después improbarla, salvo que probara que incurrió en un error. Lo anterior se confirma si se examinan otras normas que regulan la administración de bienes ajenos y de las cuales se desprende que una vez aprobadas

las cuentas en principio quien ha administrado tales bienes queda obligado a pagar lo que resulte de tales cuentas, a menos que se pruebe que las cuentas no son verdaderas o que ha habido dolo o culpa grave del administrador. Es esta la regla que se desprende de los artículos 512 y 513 del Código Civil en materia de gurdadores de incapaces. En esta medida encuentra el tribunal que el artículo mencionado de la Ley 222 realmente constituye una norma especial dispuesta para los administradores de las sociedades, la cual se funda en el hecho de que la experiencia demuestra que cuando se aprueban las cuentas en una asamblea o junta de socios, los integrantes de la misma a menudo carecen de suficientes elementos para evaluar muchos detalles de dichas cuentas que determinarían la responsabilidad de los administradores.

De esta manera, encuentra el tribunal establecido que la fiduciaria determinó los rendimientos que debían consignarse a la dirección del tesoro nacional conforme a una metodología que se sujetaba al otrosí 1, que en todo caso correspondía a lo señalado por el asesor tributario, y que fue informado a la otra parte, sin que hubiera existido objeción al respecto. Por lo anterior, hasta ese momento encuentra el tribunal que la fiduciaria obró como lo podría haber hecho otro profesional fiduciario medianamente diligente y prudente.

Ahora bien, el 25 de junio de 2002 la dirección general de presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público rindió un concepto a Ferrovías sobre “la posibilidad de reinvertir los rendimientos generados dentro de patrimonios autónomos, cuyo constituyente es un particular”. Sobre el particular dicha entidad advierte que “Es claro entonces que el objeto de la apropiación se cumple plenamente al entregar el aporte y en consecuencia el presupuesto debe entenderse ejecutado”. Por lo anterior “los recursos pasan a ser o bien del particular o del patrimonio autónomo constituido … y en consecuencia, salvo estipulación contractual en contrario, los rendimientos financieros del aporte son del respectivo patrimonio autónomo”. Por lo anterior, en el caso concreto afirma que “Como consecuencia de las cláusulas del contrato de fiducia los rendimientos generados por los aportes realizados por Ferrovías, al patrimonio autónomo, constituido mediante el contrato de fiducia mercantil Irrevocable de administración y fuente de pagos 178 01, pertenecen al patrimonio autónomo si se generan durante el año en el cual se realizan dichos aportes y pueden ser utilizados como fuente de pago de actividades del proyecto”. “Los rendimientos de los aportes realizados por Ferrovías al patrimonio autónomo, generados durante años posteriores al del aporte, al igual que los saldos existentes al vencimiento del plazo del plan de obras y sus rendimientos son de Ferrovías” (se subraya).

Como se puede apreciar, la dirección de presupuesto no determinó cuál debía ser la interpretación de la estipulación contractual, sino más bien que los recursos entregados a un patrimonio autónomo pertenecen al mismo y que, salvo pacto en contrario, los rendimientos son de propiedad del patrimonio autónomo. Así mismo, en el caso concreto se limitó a referirse al contenido de las estipulaciones contractuales tal y como aparecían en el otrosí 1.

Ahora bien, como consecuencia de dicho concepto Ferrovías y Tren de Occidente suscribieron el acta de acuerdo 46 (fls. 468 a 469 del cdno. de pbas. 2) en la cual, entre otras consideraciones, se expresa:

“3. Que la Dirección General de Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha definido que los aportes de Ferrovías, una vez ingresan al patrimonio autónomo constituido por el concesionario en virtud de la celebración del contrato de fiducia mercantil, corresponden a una apropiación ejecutada y, como consecuencia de ello, los rendimientos financieros que genere la administración fiduciaria se deben destinar a los fines del proyecto.

“4. Que la cláusula 7 del contrato de fiducia mercantil prevé que los rendimientos que produzcan los saldos “a partir del año de haber sido efectuados los desembolsos por Ferrovías a favor del fideicomiso que se constituye por este contrato no harán parte del patrimonio autónomo sino que se pagarán a Ferrovías…”.

Así mismo se hace referencia a las cláusulas 8, 13 y 14 y se dice:

“7. Que se han expresado diversas interpretaciones acerca del alcance del término “a partir del año” contemplado en la cláusula 7, y con relación a la posibilidad de que todas las comisiones remuneratorias de la fiduciaria se puedan descontar o no de los rendimientos financieros.

“Que Ferrovías y el concesionario, en su condición de beneficiarios del patrimonio autónomo, consideran necesario dar claridad a las diferencias interpretativas antes explicadas, a través de la suscripción de la presente acta de acuerdo”.

Con base en las consideraciones anteriores las partes determinaron:

“Primero. Los intereses o rendimientos que produzcan los aportes efectuados por Ferrovías e ingresados al patrimonio autónomo, se pagarán a Ferrovías a partir del vencimiento del año contado desde la fecha de ingreso del aporte que generó los intereses o rendimientos, en el evento en que estos existan total o parcialmente por no haber sido consumidos”.

“...

“Tercero. Las cláusulas anteriores se aplicarán a los contratos de fiducia mercantil celebrados por el concesionario con la Sociedad Fiduciaria del Estado S.A., y con Fiducolombia S.A.”.

Mediante comunicación TDO-1609 de julio 16 de 2002 (fl. 658 del cdno. de pbas. 3), Tren de Occidente le remite a Fiduestado copia del acta de Acuerdo 46 de julio 12 anterior, haciendo alusión expresa a sus acuerdos primero y segundo “que en lo sucesivo se aplicarán a los contratos de fiducia mercantil celebrados por el concesionario”.

El texto de dicha acta de acuerdo fue puesto en conocimiento del comité operativo del fideicomiso, según consta en el acta 4 del 26 de julio de 2002 (fl. 464 del cdno. de pbas. 2), en la cual se expresa por el representante de Ferrovías que la liquidación de los rendimientos debe ser modificada con base en el acta de Acuerdo 46 suscrita el 12 de julio de 2002 entre Tren de Occidente y Ferrovías. Se manifiesta en el acta 4 que Tren de Occidente está de acuerdo con ello y dicha entidad “Adicionalmente menciona que a través del desarrollo del contrato existieron varias teorías que surgieron en reuniones sostenidas con los doctor (sic) Cemeño, González y Ardila, dentro de las cuales se propuso que se debía manejar el corte del año con la vigencia fiscal, es decir al corte a 31 de diciembre de cada año, en ese momento Tren de Occidente S.A. no estuvo de acuerdo con esta posición, pero respetó la decisión de Ferrovías y Gerenciar, por tanto, los rendimientos que se han girado al tesoro nacional se han efectuado con cortes al año fiscal”. Como se puede observar, de dicha acta se deduce que previamente al concepto de la dirección general de presupuesto, Tren de Occidente había decidido respetar la decisión de la fiduciaria sobre el giro de los rendimientos.

Así mismo, se expresa lo siguiente:

“El doctor Alfonso Patiño, expresa que para determinar el valor que efectivamente le correspondía al patrimonio autónomo se debe efectuar el cálculo de manera retroactiva, debido a que el procedimiento utilizado anteriormente no contemplaba el año calendario a partir de la fecha de ingreso de cada aporte, sino el fiscal.

“El Dr. Luis Alfonso Tamara García manifiesta que desde el punto de vista de Ferrovías, el cálculo se debe efectuar de manera retroactiva, pero teniendo en cuenta que si el mismo rebasa el límite de lo que se ha debido liquidar, no se solicitará devolución, por lo tanto, propone que a partir del 1º de julio de 2002, se empiece a liquidar el saldo de los rendimientos financieros que arrojó el nuevo cálculo” (se subraya).

Sobre estos puntos la representante de la fiduciaria señaló en dicha reunión que como existen diferentes posiciones de las partes, el objetivo del comité es llegar a un acuerdo para la realización del nuevo cálculo de rendimientos, hizo una propuesta frente a la cual se señaló que “los asistentes de este comité operativo están de acuerdo con esta propuesta, pero consideran que antes de iniciar la elaboración del nuevo cálculo, se deberá aclarar mediante un otrosí al contrato de concesión las inquietudes planteadas por parte de Gerenciar o a través de otro documento suscrito entre las partes, donde se aclaren estos puntos y se establezca que se tomarán medidas retroactivas desde el primer día en que se hizo el primer aporte”. Además se agregó que “tanto Ferrovías como Tren de Occidente S.A., están de acuerdo en suspender transitoriamente y hasta nueva orden el giro de los rendimientos financieros a la dirección del tesoro nacional, hasta tanto no se tenga el resultado del nuevo cálculo y la decisión de las partes al respecto”.

De lo anterior, se desprende que si bien Ferrovías y Tren de Occidente aparentemente estaban de acuerdo en darle

un efecto retroactivo a su acuerdo, en todo caso no era claro el alcance de dicho efecto retroactivo, pues para Ferrovías en todo caso no se debía solicitar devolución, pero así mismo convinieron en que el tema sería regulado a través de un otrosí.

Ahora bien, como consecuencia de lo anterior, se suscribió por Ferrovías y Tren de Occidente el otrosí 8 del 30 de julio de 2002 (fls. 250 a 253 del cdno. de pbas. 1) al contrato de concesión en el cual se expresa:

“Otrosí 8

“(..) Segundo. Los rendimientos financieros producidos por los aportes realizados por Ferrovías en las fiducias constituidas para administrar los recursos de la Concesión de la Red Férrea del Pacífico, pertenecen al patrimonio autónomo si se generan dentro del año calendario contado a partir de la fecha en la cual se realiza cada aporte. Si al finalizar este período de cada aporte no se utiliza en su totalidad, los rendimientos que genere su saldo, no harán parte del patrimonio autónomo y se girarán a la dirección del tesoro nacional dentro de su oportunidad legal.

“Los rendimientos que pertenezcan al patrimonio autónomo, deben utilizarse en el proyecto e incluirse en el plan de obras y en el mecanismo de facturación, control y distribución de aportes, según la asignación que se acuerde entre las partes”.

“Quinto. Autorizar la modificación de los contratos de fiducia mercantil de administración y fuente de pago del contrato de concesión, consistente en la adopción de la cláusula 2 del presente otrosí como nueva cláusula séptima y de la cláusula 3 de este otrosí como un párrafo de la cláusula 14 de dichos contratos.

“Sexto. Este otrosí complementa las actas 42 y 46, las cuales conforman con el presente otrosí un documento integral para todos los efectos.

“Séptimo. El presente otrosí no constituye novación de las estipulaciones contenidas en documentos contractuales, con excepción de los aspectos que aquí expresamente se pactan”.

Frente a este otrosí lo primero que debe observarse es que no estableció expresamente que el mismo tenía carácter retroactivo, a pesar de que dicho aspecto había sido discutido entre las partes y se había solicitado una precisión al respecto, dado que dicha regla aparentemente tenía un alcance distinto para las partes del contrato de concesión.

En segundo lugar, desde un punto de vista literal, lo que finalmente se dispuso por medio del otrosí 8 es una regla distinta a la que estaba contenida en el contrato de fiducia, pues el otrosí del contrato de concesión claramente hace referencia a los rendimientos que se generen durante un año contado a partir de la fecha en la cual se realiza el aporte, mientras que el otrosí 1 puede ser interpretado de manera distinta. Por lo demás, no sobra destacar que el referido otrosí no está redactado como una mera interpretación de reglas preexistentes, pues de una parte, contiene una autorización para modificar los contratos de fiducia, incluyendo la regla sobre propiedad de los rendimientos, y de otra parte, precisa, a través de una regla particularmente ambigua, que el otrosí “...no constituye novación de las estipulaciones contenidas en los documentos contractuales, con excepción de los aspectos que aquí expresamente se pactan”.

De esta manera, y sin entrar a determinar cuál es en definitiva el alcance del otrosí 8 entre quienes lo suscribieron, esto es Ferrovías y Tren de Occidente, pues ello escapa a la competencia de este tribunal, se observa que para un tercero frente a dicho documento contractual, como era la fiduciaria, no era claro que dicho otrosí afectara las liquidaciones de rendimientos ya realizadas. No sobra destacar a este respecto, que como se vio, el otrosí contemplaba la modificación de los contratos de fiducia, por lo cual la fiduciaria razonablemente podía esperar que en ese momento se precisara cuál sería frente a ella el alcance de la regla que se fijaba en ese otrosí 8.

Por otra parte, en la comunicación DCBIE-0339 de septiembre 13 de 2002 dirigida por el representante legal de Fiduestado a los representantes legales de Tren de Occidente y Ferrovías, la cual obra a folios 448 al 457 del cuaderno de pruebas 2, se expresa:

“De acuerdo a la conjunta solicitud efectuada por Tren de Occidente S.A. y por la Empresa Colombiana de Vías Férreas — Ferrovías, en la reunión efectuada el 26 de julio de 2002, en las instalaciones de la Fiduciaria del Estado

Fiduestado en liquidación, con la participación adicional del interventor del contrato Gerenciar, la fiduciaria hace entrega del nuevo cálculo y depuración de los rendimientos generados por la administración del contrato de fiducia mercantil de administración y pagos de los recursos aportados por Ferrovías para la ejecución del plan de obras de rehabilitación de la Red Férrea del Pacífico”.

Se señala en dicha comunicación que se ha tenido en cuenta como base documental: el acta de acuerdo 46, el otrosí ocho al contrato de concesión de la Red Férrea del Pacífico, las cláusulas trece y catorce del contrato de fiducia. Despues de exponer la metodología y el proceso de cálculo a partir de julio de 1999, en el numeral 3.1, se incluye el “cuadro comparativo del valor del cálculo actual v. el valor pagado a Ferrovías” en el cual se expone:

“Una vez efectuado el nuevo cálculo, se procedió a comparar lo que realmente se ha girado a órdenes de la dirección del tesoro nacional, encontrándose las diferencias que se aprecian a continuación

“...

“A la fecha la Fiduciaria del Estado S.A. Fiduestado en liquidación ha girado a órdenes de la dirección del tesoro nacional la suma de \$5.861.268.299,85, de manera que por efecto del nuevo cálculo le correspondería a Ferrovías la suma de \$2.072.155.460,19, por lo tanto existiría una diferencia de \$ 3.789'112.839,67 en exceso”.

“Solicitamos que una vez haya sido validado y aceptado el resultado del presente cálculo, las partes del contrato de concesión se sirvan suministrar a la fiduciaria la instrucción sobre el mecanismo mediante el cual se implementará la compensación de las diferencias presentadas a consecuencia de este nuevo cálculo”.

De esta comunicación se desprende que la fiduciaria, atendiendo lo solicitado por Ferrovías y Tren de Occidente, realizó un cálculo sobre los rendimientos que corresponderían a Ferrovías y solicitó instrucciones a las partes. Lo anterior no implica que la fiduciaria hubiera aceptado que debía darle efecto retroactivo al otrosí 8.

Por comunicación VF 3 de 10 de enero de 2003 (fl. 691 a 694 del cdno. 3), Ferrovías expresó que no aceptaba el pretendido valor girado en exceso, pues en razón de la suscripción del plan de obras en su versión 6.0 se pactó que eran de la Nación la totalidad de los rendimientos causados hasta el 30 de junio pasado y girados efectivamente a julio de 2002 “Por lo tanto, la aplicación del otrosí 8 sobre los rendimientos que deben girarse a la Nación, tiene vigencia a partir del 30 de julio de 2002, fecha en que se suscribió tal documento y no puede aplicarse de manera retroactiva sobre los valores que se giraron y causaron por dicho concepto hasta entonces”.

En el acta 6 del comité operativo del Fideicomiso, de fecha 16 de enero de 2003 (fls. 470 a 475 del cdno. de pbas. 2), se expresa por la fiduciaria que en virtud de una revisión del contrato de fiducia se estableció que “la fiduciaria no tiene la potestad para decidir sobre el registro de los rendimientos financieros del Fideicomiso Red Férrea del Pacifico, sino que depende de un acuerdo entre las dos partes, esto es Tren de Occidente S.A. y la Empresa Colombiana de Vías Férreas Ferrovías”. Por ello se expresa que se busca un acuerdo sobre el registro contable de los rendimientos financieros, pues la fiduciaria debe transmitir los estados financieros el 20 de enero de 2003 a la (*) Superintendencia Bancaria y la posición de las partes es totalmente diferente. En efecto, allí se expresa que el 27 de septiembre de 2002, Fiduestado envió el nuevo cálculo de rendimientos financieros y el 27 de diciembre de 2002 Tren de Occidente manifestó su acuerdo con el cálculo. Sin embargo, como se vio, por comunicación del 10 de enero de 2003 Ferrovías manifestó que no aceptaba el valor supuestamente girado en exceso. Igualmente se expresa en dicha acta que la fiduciaria “Al efectuar una verificación del contenido del mismo (se refiere al plan de obras) por parte de la coordinación jurídica de la fiduciaria, se estableció que el mismo no es claro respecto de la fecha a partir de la cual empieza a regir el otrosí 8 al contrato de concesión”, por ello señala que la decisión debe ser tomada entre las partes en el contrato de concesión. Dicha acta da cuenta, además, de las discusiones que se presentaron sobre el carácter retroactivo del otrosí 8, así como de la solicitud de la Fiduciaria en el sentido que se le indicara claramente cuando comenzaba a regir el otrosí 8. Finalmente, el representante legal de Tren de Occidente manifestó que se reuniría con la junta directiva de su empresa para tomar una decisión.

Por comunicación TDO-0021-03 de enero 16 de 2003 dirigida por Tren de Occidente a Fiduestado, (fl. 710 del cdno. de pbas. 3), el representante legal de Tren de Occidente manifestó:

“En desarrollo de lo acordado durante la reunión del comité operativo 6 del fideicomiso, celebrada el día de hoy,

me permito consignar las siguientes manifestaciones en mi condición de representante legal de Tren de Occidente S.A. fideicomitente y beneficiario del fideicomiso:

“1. Tren de Occidente S.A. reitera la aprobación a la metodología seguida por el fiduciario para liquidar los rendimientos y su distribución entre los beneficiarios.

“2. Como consecuencia de lo anterior los registros contables de los rendimientos girados a la Nación a julio del 2002 y a partir de esa fecha, deben efectuarse de acuerdo a los resultados que arroja la metodología seguida por el fiduciario.

“3. Teniendo en cuenta la negativa expresada por los representantes de Ferrovías para aceptar la compensación del mayor valor girado a la Nación por concepto de rendimientos financieros, Tren de Occidente S.A. se reserva el derecho de formalizar las reclamaciones que sean necesarias para obtener, a nombre y a favor del proyecto, la devolución o reembolso del excedente.

“4. Tren de Occidente S.A., con base en lo expuesto, no considera procedente asumir responsabilidad alguna ni exonerar al fiduciario o a Ferrovías por eventuales inexactitudes en la liquidación del impuesto de renta del fideicomiso por el año gravable 2002 y anteriores”.

Por comunicación del 20 enero de 2003 (fl. 724 del cdno. de pbas. 3) Ferrovías reiteró su posición “expresada en la comunicación VF 3-2003 sobre la validez de la fecha de corte 30 de julio 2002, en la que se suscribió el otrosí 8”. Igualmente expresa que aunque desconoce la metodología adoptada por la fiduciaria para algunos aspectos “aceptamos lo consolidado a la fecha de corte”.

Por comunicación TDO 0035 de enero 22 de 2003, dirigida por Tren de Occidente a Fiduestado se expresa (fl. 727 cdno. de pbas. 3):

Hemos recibido copia de la comunicación DCBIE0043-2003 dirigida al vicepresidente financiero de Ferrovías y referente al parágrafo 3 de la citada comunicación, nos permitimos dar alcance al numeral 2º de nuestra comunicación TDO-0021-03, en el sentido de aclarar que los registros contables de los rendimientos girados a la Nación a julio de 2002, deben efectuarse con la metodología utilizada hasta dicha fecha y los rendimientos causados a partir de julio de 2002 deben efectuarse de acuerdo a la nueva metodología y a lo contenido en el otrosí 8 al contrato de concesión” (se subraya).

De esta manera, si bien en un determinado momento, las partes consideraron que el otrosí 8 debía tener efecto retroactivo, aunque discrepaban sobre el alcance de tal retroactividad, posteriormente las dos aceptaron que los registros contables de los rendimientos se hicieran conforme a la metodología que se venía aplicando hasta julio de 2000. Ante la aceptación de Tren de Occidente, la fiduciaria no podía proceder de otra forma y podría considerar que en lo que a ella se refería no había lugar a discusiones o actuaciones adicionales sobre el tema. De esta manera, estima el tribunal, ella actuó como hubiera obrado otra entidad fiduciaria con mediana diligencia y cuidado.

Ahora bien, en la comunicación de Tren de Occidente del 16 de enero de 2003, esta dejó señalado que “se reserva el derecho de formalizar las reclamaciones que sean necesarias para obtener, a nombre y a favor del proyecto, la devolución o reembolso del excedente”. A este respecto se observa que esta reserva para la fiduciaria no podría significar otra cosa que frente a Ferrovías y a la Nación, sería Tren de Occidente quien adelantaría las acciones que correspondiera.

Ahora bien en la reunión de que da fe el acta 7 del comité operativo, del 28 de febrero de 2003 (fl. 746, cdno. de pbas. 3), después de hacer referencia a la necesidad de definir lo relativo al registro de los rendimientos, la fiduciaria solicitó la suscripción de un otrosí que aclarara la fecha a partir de la cual se aplicaba el otrosí 8, teniendo en cuenta que Ferrovías había manifestado que “aceptan lo consolidado hasta la fecha de corte, sin renunciar a una posterior revisión metodología de lo liquidado hasta la fecha”. Por lo que consideraba la fiduciaria necesario un documento que evitara inconvenientes. A este respecto el representante de Ferrovías manifestó que estaba de acuerdo en principio con la metodología, pero que si se observa un error o una observación esta se haría, y que estaban cansados de los otrosí. El vocero de Tren de Occidente manifestó por su parte compartir la posición de Ferrovías, y señaló que se presentó una información y que no hay opciones de revisarla. Finalmente, la

fiduciaria manifestó que si “el fideicomitente y el beneficiario han decidido que no hay lugar a la suscripción de un otrosí o un documento adicional para ratificar el tema, puesto que las partes del contrato de concesión están plenamente de acuerdo en la fecha de aplicación del otrosí 8 al contrato de concesión y la metodología utilizada por la fiduciaria para el cálculo de los rendimientos financieros la fiduciaria respetará esa posición y manifiesta que existiendo este acuerdo de las partes, la fiduciaria procederá desde el día de hoy a registrar el resultado del cálculo de los rendimientos financieros desde el 1º de julio hasta el 31 de diciembre de 2002 y realizará la transmisión de los estados financieros a la (*) Superintendencia Bancaria”.

Señala el apoderado de Tren de Occidente que la aprobación de la metodología tenía carácter meramente técnico pero no jurídico, tal y como se desprende de la comunicación TDO-0258-03 de abril 8 de 2003. Ahora bien, si se examina dicha comunicación que obra a folio 760 del cuaderno de pruebas 3, se encuentra lo siguiente: En la misma se hacen unas observaciones al contenido del acta del comité operativo 7, pues se dice que se recortan las manifestaciones de los representantes de Tren de Occidente, Ferrovías y Gerenciar. Así mismo, en el numeral 2º de dicho documento, al cual se refiere el apoderado, se dice:

“2. En este sentido, tanto Tren de Occidente como Ferrovías y Gerenciar fueron enfáticos en manifestar que constituía un exabrupto jurídico plantear la necesidad de suscribir un otrosí o cualquier otro documento relacionado con la vigencia del otrosí 8 al contrato de concesión, en la medida en que la vigencia de esa convención estaba plenamente establecida, que si bien existe una aprobación técnica a la metodología utilizada para el cálculo de los rendimientos financieros y su distribución entre el patrimonio autónomo y el tesoro nacional, ello no impide que estas entidades puedan formular objeciones a las diferentes cifras contenidos en los informes rendidos por el fiduciario...”.

Si se analiza esta comunicación, teniendo en cuenta las discusiones de que da cuenta el acta 7 (fls. 746 y ss., cdno. de pbas. 3), concluye el tribunal que existió una aprobación a la metodología que se aplicó hasta la entrada en vigencia del otrosí 8, y que lo que no quisieron las partes fue aprobar de manera definitiva y total los cálculos realizados por la fiduciaria, pues en los mismos podía haber errores.

Por otro lado, no entiende el tribunal que sea posible aprobar desde el punto de vista técnico una metodología, para que la fiduciaria realice sus registros contables, y que posteriormente se restrinja dicha aprobación, sobre todo si se tiene en cuenta que la contabilidad debe reflejar la historia fiel de los negocios del comerciante. La fiduciaria podía considerar que si se le autorizaba hacer determinados registros contables, ello era porque se consideraba que tales registros, a falta de salvedades expresas, correspondían a la realidad.

De esta manera, para el tribunal es claro que con base en lo que hasta ese momento había ocurrido, para la fiduciaria la metodología empleada para determinar los rendimientos girados a la Nación había sido aceptada por las partes, por lo que no tenía que adelantar ninguna actuación en relación con tales rendimientos. Así las cosas, la misma no incurrió en culpa.

Ahora bien, Tren de Occidente en su demanda de reconvenCIÓN señala que ella comenzó a gestionar la reclamación de los rendimientos y por ello por comunicación 05014, el INCO le informó que funcionarios de la dirección del tesoro nacional le expresaron que la solicitud de devolución debía tramitarla Fiduestado en liquidación aportando unos documentos, pero que lo que no se encontraba recomendable era el sistema de compensación. Además expresa que el 24 de agosto de 2004 se reunieron representantes del INCO y de Tren de Occidente, de lo cual da fe el acta 004 que dice lo siguiente:

“El INCO reiteró lo ya manifestado en comunicación oficial respecto del trámite a seguir para la solicitud de devolución de los rendimientos financieros consignados a favor del tesoro nacional.

“El concesionario solicita se estudie la posibilidad de que el INCO anexe a la petición de devolución que efectúe la fiduciaria concepto sobre el tema, a lo que se le responde que ello no es posible dado que en la reunión celebrada en el Ministerio de Hacienda se explicó que es el tesoro nacional quien debe solicitar, al INCO y a Ferrovía en liquidación los conceptos e informes que considere pertinentes, sin embargo, se le indica al concesionario que el INCO está de acuerdo con que Fiduestado efectúe el trámite de devolución en mención” (subrayado fuera de texto).

Frente a tales hechos, agrega Tren de Occidente, la respuesta de Fiduestado está dada en el primero y segundo párrafos de la contestación a los hechos vigésimo quinto bis y vigésimo quinto bis de la reforma de la demanda de reconvenCIÓN.

Sobre este punto observa el tribunal:

Como se aprecia en la contestación a la reforma de la demanda de reconvenCIÓN, Fiduestado reafirma que su conducta se ajustó a la ley y manifiesta que no le constan las reuniones a las que hace referencia Tren de Occidente. Así las cosas, en la medida en que no está probado que Fiduestado haya conocido de dichas reuniones y que haya recibido instrucciones en el sentido de tramitar la reclamación de los rendimientos, como consecuencia de tales reuniones, no se puede concluir que exista un incumplimiento de la misma de sus obligaciones.

De todo lo anterior se concluye que en relación con el registro, manejo y disposición de los rendimientos producidos por los aportes realizados por la Nación al fideicomiso, la fiduciaria actuó como lo habría hecho otra entidad fiduciaria en su misma situación, razón por la cual no incurrió en culpa y por ello no incumplió los deberes que le imponía el contrato de fiducia.

Finalmente, debe reiterar el tribunal que el análisis que ha hecho del acta de acuerdo celebrada entre Ferrovías y Tren de Occidente, así como del otrosí 8, parte de la perspectiva que podía tener la fiduciaria, como tercero, respecto de dichos documentos, pero en manera alguna compromete el significado que entre las partes firmantes puedan tener tales documentos, en razón de su intención común.

Por todo lo anterior, se encuentran acreditados los medios de defensa propuestos por la entidad convocada en reconvenCIÓN, y no prosperan las pretensiones segunda y segunda subsidiaria de la demanda de reconvenCIÓN, ni las consecuenciales pretensiones de condena.

2.2.2. Demanda por el pago indebido de impuestos.

La convocante en reconvenCIÓN, Tren de Occidente, le reprocha a la reconvenida, Fiduestado el pago que esta, en su condición de vocera y administradora del Fideicomiso, hizo en cabeza de este del impuesto de renta por el año gravable 2002, por considerar que dicho pago fue indebido, toda vez que, afirma, con la suscripción del otrosí 8 al contrato de concesión, desapareció la supuesta condición suspensiva para la definición del beneficiario de los rendimientos, quedando plenamente determinado que sería la Nación ese beneficiario, después del año de efectuados los aportes, y que los rendimientos causados durante el año siguiente a la fecha en que se hicieron los aportes pertenecen al patrimonio autónomo.

Más aún, Tren de Occidente estima que nunca existió la condición suspensiva porque necesariamente los rendimientos causados sobre los aportes hechos por la Nación durante el respectivo año fueron del patrimonio autónomo y, por lo tanto, a 31 de diciembre de cada año se conocía quién era el beneficiario de la rentabilidad generada hasta esa fecha, razón por la cual no se debía declarar renta en cabeza del patrimonio autónomo con la consiguiente carga tributaria para este que conllevó un pago de lo no debido.

En su alegato de conclusión, el apoderado de Tren de Occidente plantea que Fiduestado debía saber que el beneficiario de los rendimientos que no se giraban a Ferrovías, sino que se quedaban en el patrimonio autónomo para destinarse a obras, era el propietario de estas obras, que es la Nación y recuerda que esta no es contribuyente. Al respecto, en dicho alegato se lee: “Este beneficiario era la Nación, una parte por giro directo de los rendimientos sobre el saldo de los aportes después del año de haberse efectuado, y de otra parte porque los rendimientos causados dentro del año de efectuados los aportes, siempre tenían como destino obras que son propiedad de la Nación” (pág. 57), y más adelante se agrega: “La pretensión tercera de la demanda de reconvenCIÓN reformada se sustenta en los comportamientos culposos de Fiduestado, al pagar impuestos por el año gravable 2002 sin que el patrimonio autónomo tuviera que declarar renta. Fiduestado misma y no su asesor tributario es quien estaba en la obligación de saber que el beneficiario de los rendimientos que no se giraban a Ferrovías, sino que se quedaban en el patrimonio autónomo para destinarse a obras, era el propietario de estas obras que no es otro que la Nación” (pág. 61).

Por otro aspecto, señala la convocante en reconvenCIÓN que la conformación del comité operativo del fideicomiso

no se constituyó formalmente con atribuciones precisas y su forma de integración como lo manda la circular básica jurídica de la ~~(*)~~ Superintendencia Bancaria.

Agrega Tren de Occidente que Fiduestado consideró que existía una condición suspensiva en la determinación del beneficiario de los rendimientos, y con base en un concepto erróneo de un asesor tributario que ella contrató, y en unos conceptos genéricos de la DIAN que eran inaplicables por el año gravable 2002 al patrimonio autónomo, presentó la declaración de renta en cabeza del mismo y le exigió al fideicomitente situar recursos para el pago de ese tributo, pago que en efecto se hizo. En relación con el concepto del asesor tributario de fiduestado, anota que el mismo aparece firmado por un contador y no por un abogado, lo cual evidencia que la fiduciaria dejó en manos de un contador la definición de un aspecto jurídico tan delicado como era el relativo a la situación tributaria del fideicomiso.

Así mismo, la convocante en reconvenión le endilga a la reconvenida el incumplimiento del contrato de fiducia, derivado de la omisión de esta en la defensa de los bienes que integran el patrimonio autónomo, al no haber agotado las acciones tendientes a obtener el reintegro a favor del fideicomiso de la suma de \$1.826.398.000, pagados en forma indebida por concepto del impuesto de renta del año gravable 2002, pese a las recomendaciones que en tal sentido le fueron hechas por el fideicomitente, las cuales desatendió la fiduciaria dejando vencer el término de dos años contados a partir de la fecha de presentación de la declaración de renta, en vez de reabrir el término para corregirla con la consiguiente solicitud de devolución de impuestos.

Para Tren de Occidente, la conducta de Fiduestado generó un daño, consistente en que salieron del patrimonio autónomo recursos que deberían permanecer en este como un mayor aporte de la Nación, que es como si una parte de los aportes de la Nación no hubieran ingresado al patrimonio autónomo después de estar comprometidos con esta finalidad y concretándose el daño en la disminución del patrimonio en la cuantía de impuestos que Fiduestado no recuperó, descontando los TIDIS que si recaudó.

A su turno, Fiduestado se opuso a las pretensiones tercera, tercera subsidiaria, quinta y sexta, de dicha demanda, por considerar que no se dan los elementos para declarar la responsabilidad civil contractual de la fiduciaria con base en los supuestos incumplimientos imputados, además de “los escollos procesales que evidencia la estructuración y contenido de las pretensiones formuladas”. También estima Fiduestado que no hay fundamento legal para solicitar la devolución de los impuestos pagados y que no hubo pago indebido de tributos.

Al respecto, la convocada en reconvenión propuso la defensa titulada “Concurrencia de los supuestos legales para la tributación del fideicomiso durante toda la vigencia del contrato, incluido el año gravable 2002”, planteando que el fideicomiso declaró y pagó impuesto a la renta con base en el artículo 102 del estatuto tributario, numeral 3º, con cargo a los recursos fideicomitidos tal como se previó en el contrato de fiducia (cláusula 20, num. 4º), dado su carácter de sujeto pasivo del impuesto de renta, contando de manera permanente y cercana con la asesoría especializada del asesor tributario común de fiduciante y fiduciaria, no solo para el pago de renta del año gravable 2002 sino para los períodos tributarios anteriores.

En relación con lo anterior Fiduestado afirma que no puede entenderse, como lo hace Tren de Occidente, que el beneficiario de las rentas producidas por el patrimonio autónomo administrado sea la persona que realmente obtuvo o pudo obtener un provecho económico, o, a partir del otrosí 8 al contrato de concesión, que lo sea el patrimonio autónomo, por ser esta una interpretación contraria al artículo 1226 del Código de Comercio y al contrato de fiducia y, agrega, el otrosí 8 al contrato de concesión se celebró sin contar con la aquiescencia de Fiduestado y sin que tal documento pudiera modificar en forma automática ni directa el contrato de fiducia.

Fiduestado expresa que la demandante en reconvenión se contradice respecto a los efectos del otrosí 8 al contrato de concesión, cuando afirma que nunca existió condición suspensiva porque siempre se supo a 31 de diciembre de cada año, que los recursos —que serían gravables— eran del patrimonio autónomo, y, también cuando afirma que el único beneficiario del contrato es la Nación— Ferrovías, pues tal afirmación no se ajusta a la realidad económica ni jurídica que orienta la tributación del impuesto de renta.

En relación con el planteamiento invocado por Tren de Occidente, con base en el concepto de la firma Ricardo Sabogal y Cía. —consultores de impuestos—, del 12 noviembre de 2004, Fiduestado señala que se plantea una

variante de la tesis expuesta y se incurre en el error de considerar sujeto pasivo del impuesto de renta, no a quien la percibe, sino al dueño de los bienes en que se invierte.

Otra defensa, bajo el título “Aquiescencia del fideicomitente y/o del comité operativo del fideicomiso en el pago del impuesto de renta”, se sustenta en que la obligación de declarar y pagar el impuesto a la renta por parte del fideicomiso para el año gravable 2002, corresponde a la conducta fiscal que venía siendo observada para los períodos impositivos anteriores con base en decisiones tomadas en el seno del comité operativo del fideicomiso, del cual participó la demandante en reconvenCIÓN, con apoyo adicional en el asesor tributario común del fideicomitente y la fiduciaria para ese entonces y, para el caso específico de la declaración de renta del año 2002, que es la única sobre la cual recae la reclamación arbitral, en que Tren de Occidente conoció y participó del tema, consintió su pago, haciendo llegar al fideicomiso incluso los recursos necesarios, sin que hubiera manifestado oportunamente glosa o reparo alguno sobre tal proceder, como tampoco lo hizo a lo largo de la ejecución contractual respecto de los informes y las rendiciones de cuentas presentadas por Fiduestado.

Finalmente, Fiduestado plantea la defensa titulada “Ausencia de incumplimiento contractual por no presentación de solicitud de devolución ante la DIAN del impuesto pagado”, para decir que siendo que obró en aplicación de las normas tributarias vigentes para el año gravable 2002, presentando y pagando la declaración de renta del Fideicomiso, no existe ningún pago indebido por tal concepto que dé lugar a una solicitud de devolución del impuesto pagado por lo cual están llamadas a fracasar las reclamaciones resarcitorias planteadas por Tren de Occidente con base en la supuesta inacción fiduciaria que le achaca a Fiduestado por no adelantar trámites ante la DIAN en pos de obtener la devolución del impuesto pagado.

Al respecto anota Fiduestado que las comunicaciones enviadas a la fiduciaria posteriormente a cuando se trabó la presente litis, que contienen reparos a la declaración de renta del fideicomiso del año gravable 2002 en aspectos fácticos que no fueron planteados en la demanda de reconvenCIÓN, están por fuera del *thema decidendum* de este litigio toda vez que no fueron planteadas en su momento procesal oportuno impidiendo su plena contradicción, y que, en virtud del principio de congruencia, también escapan al objeto del presente proceso arbitral los argumentos de los requerimientos de Tren de Occidente mediante los cuales pretendía que la fiduciaria como vocera del fideicomiso presentara una corrección a la declaración de renta correspondiente al año gravable 2002, para habilitar los plazos contemplados en la ley tributaria para posteriormente presentar una solicitud formal de devolución tributaria.

El problema jurídico que el tribunal debe resolver en este punto, a la luz de los hechos relevantes probados y bajo el marco jurídico de la responsabilidad profesional del fiduciario descrito en anteriores apartes de este laudo, consiste en establecer si la conducta de Fiduestado al declarar en cabeza del patrimonio autónomo y pagar con recursos de este el impuesto de renta por el año gravable 2002, se ajustó o no a la que hubiera desplegado un fiduciario profesional prudente y diligente colocado en circunstancias semejantes, y si conllevó o no el incumplimiento del contrato de fiducia y, en caso afirmativo, si de tal conducta (o de la omisión de la fiduciaria al no procurar el reintegro del impuesto pagado) se derivó el perjuicio reclamado, a partir de lo cual han de resolverse las pretensiones que en esta materia contiene la demanda de reconvenCIÓN reformada.

Para comenzar, el tribunal recuerda que según la estructura legal que en Colombia se adoptó para la fiducia mercantil, en este negocio jurídico típico intervienen tres sujetos, a saber, el fideicomitente o fiduciante, el fiduciario y el beneficiario o fideicomisario, siendo posible que una persona sea al mismo tiempo fiduciante y beneficiario⁽²¹⁾ —como lo es también que existan varios fideicomitentes y beneficiarios—, y que corresponde al fideicomitente la designación del beneficiario⁽²²⁾, cuya existencia no es necesaria en el acto de constitución del fideicomiso, pero sí debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan tener pleno efecto⁽²³⁾. Así, es beneficiario del contrato de fiducia mercantil quien haya sido designado en tal calidad por el fideicomitente.

En el campo de la legislación tributaria, el artículo 102 del estatuto tributario, modificado por el artículo 81 de la Ley 223 de 1995 y por el artículo 82 de la Ley 488 de 1998, y por lo tanto vigente para la época de los hechos que ocupan a este tribunal, establece las reglas para la determinación del impuesto de renta en los contratos de fiducia mercantil, así:

“Contratos de fiducia mercantil. Para la determinación del impuesto sobre la renta en los contratos de fiducia mercantil se observarán las siguientes reglas:

“1. Para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos originados en los contratos de fiducia mercantil se causan en el momento en que se produce un incremento en el patrimonio del fideicomiso, o un incremento en el patrimonio del cedente, cuando se trate de cesiones de derechos sobre dichos contratos. De todas maneras, al final de cada ejercicio gravable deberá efectuarse una liquidación de las utilidades obtenidas en el respectivo período por el fideicomiso y por cada beneficiario, siguiendo las normas que señalan el capítulo I del título I de este libro para los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación.

“2. Las utilidades obtenidas en los fideicomisos deberán ser incluidas en las declaraciones de renta de los beneficiarios, en el mismo año gravable en que se causan a favor del patrimonio autónomo, conservando el carácter de gravables o no gravables, y el mismo concepto y condiciones tributarias que tendrían si fueren percibidas directamente por el beneficiario.

“3. Cuando el fideicomiso se encuentre sometido a condiciones suspensivas, resolutorias, o a sustituciones, revocatorias u otras circunstancias que no permitan identificar a los beneficiarios de las rentas en el respectivo ejercicio, estas serán gravadas en cabeza del patrimonio autónomo a la tarifa de las sociedades colombianas. En este caso, el patrimonio autónomo se asimila a una sociedad anónima para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios. En los fideicomisos de garantía se entenderá que el beneficiario es siempre el constituyente.

“4. Se causará el impuesto sobre la renta o ganancia ocasional en cabeza del constituyente, siempre que los bienes que conforman el patrimonio autónomo o los derechos sobre el mismo se transfieran a personas o entidades diferentes del constituyente. Si la transferencia es a título gratuito, el impuesto se causa en cabeza del beneficiario de los respectivos bienes o derechos. Para estos fines se aplicarán las normas generales sobre la determinación de la renta o la ganancia ocasional, así como las relativas a las donaciones y las previstas en los artículos 90 y 90-1 de este estatuto.

“5. Modificado. L. 488/98, art. 82. Con relación a cada uno de los patrimonios autónomos bajo su responsabilidad, los fiduciarios están obligados a cumplir las obligaciones formales señaladas en las normas legales para los contribuyentes, los retenedores y los responsables, según sea el caso. Para tal efecto, se le asignará un NIT diferente al de la sociedad fiduciaria que identifique en forma global a todos los fideicomisos que administre.

“Las sociedades fiduciarias presentarán una sola declaración por todos los patrimonios autónomos. La sociedad fiduciaria tendrá una desagregación de los factores de la declaración atribuible a cada patrimonio autónomo a disposición de la DIAN para cuando esta lo solicite.

“Los fiduciarios son responsables, por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones formales a cargo de los patrimonios autónomos así como de la sanción por corrección, por inexactitud, por corrección aritmética y de cualquier otra sanción relacionada con dichas declaraciones.

“Con cargo a los recursos del fideicomiso, los fiduciarios deberán atender el pago de los impuestos de ventas, timbre y de la retención en la fuente, que se generen como resultado de las operaciones del mismo, así como de sus correspondientes intereses moratorios y actualización por inflación, cuando sean procedentes.

“Cuando los recursos del fideicomiso sean insuficientes, los beneficiarios responderán solidariamente por tales impuestos retenciones y sanciones.

“6. Las utilidades acumuladas en los fideicomisos, que no hayan sido distribuidas ni abonadas en las cuentas de los correspondientes beneficiarios, deberán ser determinadas por el sistema de causación e incluidas en sus declaraciones de renta. Cuando se den las situaciones contempladas en el numeral 3º de este artículo se procederá de acuerdo con lo allí previsto.

“PAR.—Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23-1 de este estatuto, el fiduciario deberá practicar retención en la fuente sobre los valores pagados o abonados en cuenta, susceptibles de constituir ingreso tributario para los beneficiarios de los mismos, a las tarifas que correspondan a la naturaleza de los correspondientes ingresos, de

acuerdo con las disposiciones vigentes.

“PAR. 2º—Adicionado. L. 488/98, art. 82. Sin perjuicio de las responsabilidades establecidas en este artículo, en la acción de cobro, la administración tributaria podrá perseguir los bienes del fideicomiso” (se resalta y subraya).

De acuerdo con el régimen de determinación del impuesto sobre la renta en contratos de fiducia mercantil, mediante el cual el legislador buscó asegurar el pago de los impuestos a que haya lugar en el desarrollo de los contratos de fiducia mercantil, evitando que la figura del patrimonio autónomo se constituya en instrumento o elemento facilitador de fenómenos de elusión o evasión fiscal, el fiduciario debe, de un lado, efectuar al final de cada ejercicio gravable una liquidación de las utilidades obtenidas en el respectivo período por el fideicomiso y por cada beneficiario, siguiendo las normas señaladas en el capítulo I del título I del estatuto tributario para los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación, y, de otro lado, establecer si las utilidades obtenidas en el fideicomiso han de ser incluidas en las declaraciones de renta de los beneficiarios o si deben gravarse en cabeza del patrimonio autónomo.

Las utilidades obtenidas en el fideicomiso se incluyen en la declaración de renta del beneficiario conocido —o proporcionalmente en la de cada beneficiario, si fueren varios—, en el mismo año gravable en que se hubieran causado a favor del patrimonio autónomo, conservando el carácter de gravables o no gravables, y el mismo concepto y condiciones tributarias que tuvieran si hubieran sido percibidas directamente por los beneficiarios.

Y si no pudiera identificarse al beneficiario de las utilidades, las mismas deben ser gravadas en cabeza del patrimonio autónomo, a la tarifa de las sociedades colombianas, caso en el cual este se asimila a una sociedad anónima para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios, y le corresponde al fiduciario cumplir las obligaciones formales señaladas en la ley para los contribuyentes, incluyendo la presentación oportuna de la respectiva declaración, de manera consolidada, es decir, una sola declaración por todos los patrimonios autónomos administrados. Este tratamiento procede en los casos expresamente señalados en la ley tributaria, a saber:

- Cuando el fideicomiso se encuentre sometido a condición suspensiva y esta no permita identificar al beneficiario;
- Cuando el fideicomiso se encuentre sometido a condición resolutoria y esta no permita identificar al beneficiario;
- Cuando el fideicomiso se encuentre sometido a sustitución o revocatoria, de modo tal que no sea posible identificar al beneficiario; y,
- Cuando el fideicomiso se encuentre sometido a otras circunstancias que no permitan identificar al beneficiario de las rentas en el respectivo ejercicio.

Los deberes antes mencionados son de fuente legal y, por lo mismo, deben ser cumplidos por los fiduciarios sea que se encuentren o no incluidos dentro de los contratos que estos celebren con sus clientes para la prestación de los servicios legalmente autorizados, y tienen carácter imperativo, por lo cual no pueden ser suprimidos ni modificados por acuerdo de las partes contratantes.

Descendiendo al caso sub examine, para estudiar en primer término lo pertinente a la etapa comprendida entre la celebración del contrato de fiducia y la suscripción del otrosí 8 al contrato de concesión, fechado el 30 de julio de 2002, se observa que a términos de la cláusula 8 del contrato de fiducia, son beneficiarios del mismo el fideicomitente Tren de Occidente y Ferrovías, cuyos beneficios fueron especificados en las cláusulas 9 y 10, respectivamente.

Conforme a la cláusula 9, los beneficios del fideicomitente consisten en la facultad de obtener del fiduciario por cuenta del patrimonio autónomo reembolsos de costos que compruebe haber asumido por la rehabilitación de la Red Pacífica, de acuerdo con los términos de las obligaciones de rehabilitación. Y según la cláusula 10, los beneficios de Ferrovías consisten en la facultad de recibir los ingresos a que se refiere la cláusula 7, y cualquier suma que se encuentre en el patrimonio autónomo, una vez transcurridos los cuatro años asignados al plan de obras de rehabilitación, salvo que ese período sea prorrogado, en cuyo caso el derecho de Ferrovías para percibir estos ingresos se limita a la facultad de reclamar los dineros remanentes al final de dicha prórroga, sin incluir rendimientos de recursos consignados directamente por el fideicomitente. Más adelante, mediante el otrosí 2 al

contrato de fiducia, se incluyeron como parte del beneficio del fideicomitente, los desembolsos para la ejecución del plan de obras de rehabilitación de la Red Férrea del Pacífico.

Por su parte, en la cláusula 7 del contrato de fiducia, modificada por el otrosí 1, ambos textos transcritos atrás, se estipuló que los rendimientos que produjeran las sumas ingresadas durante determinado año al patrimonio autónomo durante los años posteriores a aquel en que se efectuó la entrega no se integrarían al patrimonio autónomo, sino que se pagarían a Ferrovías. Dicha estipulación implica que una parte de los rendimientos allí referidos permanecería en el patrimonio autónomo y la otra parte sería de Ferrovías. En el mismo otrosí 1, cláusula segunda, se puntuizó que en todas aquellas partes del contrato de fiducia en donde aparezca el término “intereses” se entenderá que se trata de “rendimientos” generados por el fondo común ordinario o fondos especiales.

Así las cosas, el tribunal encuentra que el fideicomitente ejerció su derecho de designar al beneficiario del Fideicomiso, designación que hizo recaer sobre sí mismo y sobre Ferrovías, y se especificaron los beneficios de cada uno de ellos, en la forma arriba reseñada, pero no se definió quién sería el beneficiario de los rendimientos que conforme a la cláusula 7 del acto constitutivo del fideicomiso, modificada por el otrosí 1, debían permanecer en el patrimonio autónomo.

En cuanto a este último aspecto, el acervo probatorio evidencia que en torno a la estipulación contractual mencionada en el párrafo precedente se suscitaron diferentes interpretaciones, primero en lo tocante con la titularidad de la propiedad de los rendimientos y luego acerca de la fecha de corte que debía emplearse para liquidar la parte de ellos a la que tenía derecho Ferrovías, así como sobre las implicaciones tributarias de tales aspectos para el patrimonio autónomo.

Sobre el particular, en adición a lo ya señalado en precedencia al estudiar en detalle la controversia entre las partes de este proceso relativa al pago de rendimientos a la dirección del tesoro nacional, se anota la siguiente manifestación del representante legal de Tren de Occidente en su declaración de parte⁽²⁴⁾:

“Todas estas metodologías obedecían más que todo tendientes a esclarecer la pertenencia de esos rendimientos financieros, tema que estuvo debatido durante muchos años, esto es alrededor del año 2000, el 24 de octubre y tal como les digo el contrato de concesión empezó a desarrollarse en agosto/2000 estamos hablando de dos meses después donde como ustedes entenderán empiezan a hacer cuestionamientos y preguntas sobre el desarrollo mismo que se va presentando en los contratos, entonces empezaban estos temas de discusión de quién son los rendimientos si son de Ferrovías, si son del fideicomiso, es más inclusive decían que si eran del concesionario como tal tema que esta claro y siempre fue clarísimo para nosotros, los rendimientos jamás ni han sido, ni pueden ser para Tren de Occidente, se integran al patrimonio autónomo para que conformen un mayor volumen de dinero y con ese mayor volumen de dinero se atiendan obras adicionales, obras complementarias o mayores cantidades de obra a las inicialmente previstas que suele suceder en esto”.

Posteriormente, el testigo Abraham Antonio Palacio Amado, quien por la época de los hechos materia de este trámite arbitral trabajaba con la firma Consorcio Gerenciar, interventora del contrato de concesión, manifestó en su declaración jurada⁽²⁵⁾:

“(…) existieron divergencias con respecto a la propiedad de los rendimientos financieros, yo casi separaría dos etapas, en una primera etapa donde nos reunieron, me acuerdo por allá no se si fue en el 2001 ó 2000 a solicitud de la fiduciaria que qué hacer con unos rendimientos financieros que ya se habían producido, siendo que como producto de haber transcurrido el primer año, de haber sido depositados unos rendimientos financieros, unos aportes del Estado y entonces en ese momento Gerenciar que siempre ha tenido la posición de que los rendimientos financieros son de propiedad del Estado, entonces sugirió y recomendó a las partes que esos rendimientos eran del Estado y debían ser girados al Estado y así se hizo, creo que era por 1.000 algo de millones, no recuerdo la cifra precisa.

Después de esa fecha sí hubo una discusión, una divergencia entre si el plazo debía ser contado, mejor dicho Ferrovías en ese entonces decía que los rendimientos financieros que debían girársele a la Nación debían ser contados, mejor dicho los que sucedieran del 1º de enero siguiente a la fecha de haber sido depositados y el 31 de

diciembre de ese año, eso es como por unas vigencias, es decir teniendo en cuenta que fueron como vigencias y la diferencia en ese entonces con el concesionario era que decía que no, que los que debían girar a la Nación era contando 365 días después de su depósito, si no eran invertidos, el resto tenía que quedar en el patrimonio autónomo, jamás le escuchamos al concesionario que pretendiera utilizar esos recursos en otras cosas que no fueran dentro del proyecto, no recuerdo, la divergencia era simplemente en esa situación”.

La prueba documental revela que mediante comunicación 7921 del 30 de octubre de 2000, la firma de asesoría tributaria Orozco, Pardo y Asociados presentó a Fiduestado un resumen de los aspectos tributarios del fideicomiso, discutidos en reunión del 24 de octubre de 2000⁽²⁶⁾, y expresó su criterio en cuanto a que los rendimientos financieros devengados sobre los aportes efectuados en el año 1999, entre la fecha de la entrega y el 31 de diciembre de 1999, son rendimientos financieros propios del patrimonio autónomo, los cuales deben registrarse en su contabilidad como ingresos financieros en el estado de resultados y los rendimientos financieros devengados por esos mismos aportes a partir del 1º de enero de 2000 eran propiedad de Ferrovías por lo que debían registrarse como cuenta por pagar a favor de esta. Así mismo, se expresa que de acuerdo con el numeral 3º del artículo 102 del estatuto tributario, por el año gravable 1999, los rendimientos financieros devengados en dicho año que no pertenecieran a Ferrovías por corresponder a rendimientos financieros devengados en el mismo año del aporte, ni al fideicomitente por no haber ejecutado costos de obra de rehabilitación, debían ser declarados en el impuesto a la renta por el propio patrimonio autónomo, liquidando y pagando el correspondiente impuesto.

Mediante comunicación 8797 del 27 de marzo de 2001⁽²⁷⁾, la citada firma asesora conceptuó a Fiduestado que en consideración a la cláusula séptima del contrato de fiducia mercantil, modificada por el otrosí 1 de febrero de 1999, la utilidad generada por dichos rendimientos financieros debe ser declarada por el propio fideicomiso, pues sobre los mismos no existe designación de beneficiarios, y que la utilidad derivada de los rendimientos financieros anteriores no es del fideicomitente pues este solo es beneficiario de los reembolsos de costos de obra efectivamente realizados, ni de Ferrovías, pues de acuerdo con la cláusula 7 del contrato de fiducia, esta solo es beneficiario de los rendimientos financieros generados a partir del año siguiente al de los aportes.

El 29 de marzo de 2001 se realizó una reunión del comité operativo del Fideicomiso (acta 3)⁽²⁸⁾, a la que asistieron, entre otros, los señores Alfonso Patiño Fajardo, por parte de Red Férrrea, hoy Tren de Occidente, Andrés Bermúdez, por parte de Fiduestado, y Abraham Palacio Amado, por parte del Consorcio Gerenciar. En la precitada acta se narra que Abraham Palacio manifestó que dado que el concesionario y Ferrovías no se habían puesto de acuerdo todavía en el beneficiario de los rendimientos, en opinión de la interventoría no es procedente la declaración del impuesto de renta en cabeza del fideicomitente, y expresó su posición en el sentido que según el contrato la concesionaria solo tiene derecho a recibir 120 millones de dólares, y que por ser estos recursos de la Nación se debería girar directamente a la Tesorería General de la República el total de los rendimientos generados, recordando además que este tema ha sido motivo de discusión en diferentes ámbitos del negocio, es decir entre Ferrovías y el Interventor, entre Ferrovías y el concesionario y entre el concesionario y la interventoría y nadie se ha puesto de acuerdo. Por su parte, Andrés Bermúdez explicó la relevancia para la fiduciaria del pago de las obligaciones fiscales por parte de los beneficiarios de los fideicomisos y, teniendo en cuenta que el plazo para el pago de impuesto de renta vencía en menos de una semana, propuso al comité que se aprobara a la fiduciaria el pago de los impuestos en cabeza del fideicomiso dada la existencia de una condición suspensiva que no permitía determinar el beneficiario de los rendimientos. En dicha reunión se aprobó la figura planteada, bajo el entendido de que al momento de definirse que el beneficiario era Ferrovías, se solicitaría la devolución de impuestos correspondiente. No consta en dicha acta manifestación alguna de Tren de Occidente sobre estos temas.

Mediante comunicación LEA19090102 del 19 de septiembre de 2001⁽²⁹⁾, la firma Orozco Pardo & Asociados se dirigió nuevamente a Fiduestado, respecto de la obligación de esta sobre el pago de la declaración de renta del año 2001, retomando el concepto contenido en la comunicación 8797 del 27 de marzo de 2001, y concluyendo que el fideicomiso administrado por Fiduestado se encuentra obligado a presentar declaración de renta sobre la renta líquida determinada a partir de los ingresos por rendimientos financieros generados en el mismo año de entrega de los aportes de Ferrovías, menos los costos y gastos que resultaran imputables a dichos ingresos, que la obligación de presentar declaración de renta se predica sobre cada año gravable que el fideicomiso obtuviera rendimientos financieros generados en el mismo año de entrega de los aportes de Ferrovías y que la fiduciaria está obligada a cumplir con la obligación formal de presentar dicha declaración de renta.

El 31 de enero de 2002 se llevó a cabo otra reunión del comité operativo del fideicomiso, respecto de la cual se elaboró —al parecer por Fiduestado— una ayuda de memoria⁽³⁰⁾, en la que se relata que se dio lectura al concepto LEA19090102, emitido por la firma Orozco Pardo & Asociados, y se estableció que según dicho concepto, y teniendo en cuenta que las partes de los contratos de Concesión y Fiducia sobre la propiedad de los rendimientos financieros y teniendo en cuenta que la fiduciaria a través del desarrollo del negocio ha presentado y pagado las declaraciones de renta debidamente autorizados por el fideicomitente, en el año 2002 se presentarían las correspondientes declaraciones de renta del año gravable 2001. No consta en dicha ayuda de memoria manifestación alguna de Tren de Occidente sobre estos temas.

De lo hasta aquí expuesto resulta, en suma, que conforme al contrato de fiducia una parte de los rendimientos generados por los aportes hechos por Ferrovías al fideicomiso debía permanecer en el patrimonio autónomo, que en dicho contrato no se definió el beneficiario de esa parte de los rendimientos, que desde octubre del año 2000 existían inquietudes no resueltas entre el fideicomitente, el beneficiario Ferrovías y el interventor del contrato de concesión, acerca de quién era el titular de tales rendimientos, y que el asesor tributario consultado por Fiduestado —que por entonces lo era también del fideicomitente— manifestó varias veces por escrito y de manera motivada su opinión en el sentido que el Fideicomiso debía presentar declaración de renta sobre la renta líquida determinada a partir de los ingresos por rendimientos financieros generados en el mismo año calendario de entrega de los aportes de Ferrovías.

A ello se agrega que en nuestro medio no es válido sostener que el beneficiario de un contrato de fiducia mercantil sea el mismo patrimonio autónomo formado como consecuencia de la celebración del negocio fiduciario traslaticio, pues tal planteamiento desconoce el régimen legal de la fiducia mercantil, con arreglo al cual, como antes se explicó, el beneficiario o fideicomisario del fideicomiso mercantil es el sujeto de derecho designado como tal por el fideicomitente.

Habida cuenta de los elementos fácticos y jurídicos referidos en los párrafos precedentes, considera el tribunal que, con anterioridad a la suscripción del otrosí 8 al contrato de concesión, no había claridad sobre quién era el beneficiario de la parte de los rendimientos que conforme al contrato de fiducia debían permanecer en el patrimonio autónomo, lo que, en términos de la ley tributaria, implicaba no propiamente una condición suspensiva pero sí una circunstancia, asociada a la arquitectura del contrato de fiducia, que no permitía identificar en el respectivo período gravable al beneficiario de las rentas correspondientes a tales rendimientos, configurándose entonces el supuesto de hecho contemplado en la parte final del numeral 3º del artículo 102 del estatuto tributario.

Puntualizando el tratamiento tributario de los rendimientos de que se viene hablando, es pertinente traer a colación el principio de “transparencia fiscal” en la fiducia mercantil, consagrado en el numeral 2º del artículo 102 del estatuto tributario, según el cual las utilidades obtenidas en los fideicomisos conservan el carácter de gravables y no gravables, y el mismo concepto y condiciones tributarias que tendrían si fueran percibidas directamente por el beneficiario, frente a lo cual se observa, de un lado, que los recursos aportados al fideicomiso, por disposición del mismo contrato de fiducia se invertían temporalmente en el fondo común ordinario administrado por Fiduestado o en un portafolio especial y, de otro lado, que los ingresos derivados de rendimientos financieros pagados por entidades vigiladas por la ^(*) Superintendencia Bancaria que tengan por objeto propio intermediar en el mercado de recursos financieros, entre las cuales se cuentan las sociedades fiduciarias que administran fondos comunes ordinarios y fideicomisos de inversión, son gravables.

También resulta relevante el principio de “anti-diferimiento”, consagrado en el numeral 1º de la norma legal citada en el párrafo precedente, según el cual los ingresos originados en contratos de fiducia mercantil se causan en el momento en que se produce un incremento en el patrimonio del fideicomiso —como ocurre, entre otros casos, cuando el patrimonio autónomo percibe rendimientos originados en la inversión temporal de sus recursos líquidos en un fondo común ordinario—, o un incremento del patrimonio del cedente, así como el deber que el mismo precepto impone en el sentido que, de todas maneras, al final de cada ejercicio gravable debe efectuarse la liquidación de las utilidades obtenidas en el respectivo período por el fideicomiso y por cada beneficiario, siguiendo las normas señaladas para los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación, liquidación que le corresponde efectuar al fiduciario como administrador del fideicomiso.

De vuelta al caso bajo examen, el tribunal entiende que siendo los rendimientos obtenidos por el fideicomiso gravables, y no pudiendo predicarse su titularidad de ninguno de los dos beneficiarios designados en el acto constitutivo del Fideicomiso, según lo ya explicado, le correspondía a Fiduestado efectuar anualmente la respectiva liquidación de utilidades del fideicomiso, elaborar y presentar la declaración de renta en cabeza del patrimonio autónomo, y pagar el impuesto a cargo resultante con recursos de este, en cumplimiento de los deberes legales establecidos para los fiduciarios en los numerales 1º, 3º y 5º del artículo 102 del estatuto tributario vigente para la época de los hechos.

Y por lo que hace a la certificación de Fiducolombia, de fecha 9 de agosto de 2004, arrimada al expediente (fl. 1785), en la cual se expresa que el contrato de fiducia en virtud del cual se constituyó en esa entidad fiduciaria el patrimonio autónomo Concesión Red Pacífica no crea un patrimonio autónomo contribuyente a la luz del artículo 102 del estatuto tributario, teniendo en cuenta que el beneficiario del patrimonio autónomo está plenamente identificado, se tiene que dicho documento, que corresponde a un contrato de fiducia mercantil distinto del que es base de este trámite arbitral, aun cuando de términos similares a los de este, no aporta elemento de juicio alguno que desvirtúe el análisis atrás desarrollado por el tribunal en cuanto al tratamiento tributario de los rendimientos que debían permanecer en el patrimonio autónomo.

Ahora bien, abordando la conducta contractual desplegada por las partes de este proceso arbitral en el asunto que nos ocupa, con anterioridad a la suscripción del otrosí 8 al contrato de concesión, resulta que Fiduestado le pidió al fideicomitente y al beneficiario Ferrovías instrucciones sobre la manera de registrar los rendimientos obtenidos por el fideicomiso y, dadas las inquietudes existentes sobre el titular de los mismos, buscó y obtuvo el apoyo profesional de una firma de asesoría tributaria, de reconocida trayectoria, la cual, en forma reiterada, a partir del año 2000, expresó su criterio motivado en cuanto al deber legal que Fiduestado tenía de declarar los antedichos rendimientos en cabeza del patrimonio autónomo; así mismo, la fiduciaria planteó dicha problemática en el seno del comité operativo del fideicomiso, el cual aprobó la declaración y el pago del impuesto de renta en cabeza del patrimonio autónomo, bajo el entendido de que al momento de definirse que el beneficiario de los rendimientos que debían permanecer en el patrimonio autónomo era Ferrovías, se solicitaría la devolución de impuestos correspondiente, dado lo cual el tribunal considera que Fiduestado obró en este frente como lo habría hecho un profesional fiduciario prudente y diligente colocado en una situación semejante de incertidumbre.

Por lo demás, los conceptos rendidos por el asesor tributario de Fiduestado —que lo fuera también de Tren de Occidente—, fueron conocidos por esta y por Ferrovías en reuniones del comité operativo del Fideicomiso, y en el expediente no milita prueba alguna de que la convocante en reconvenCIÓN hubiera expresado entonces inconformidad alguna al respecto.

Para el tribunal, el hecho de que los conceptos del asesor tributario fueran firmados por un contador público y no por un abogado no conlleva la descalificación o invalidez automática de las consideraciones, análisis y conclusiones en ellos expresados, que deben ser evaluados por su mérito, entendiendo que tales conceptos fueron rendidos por la firma de asesoría y no por la personal natural que los firmó. Así mismo, el tribunal estima que la vinculación de un asesor tributario o de otra clase no apareja por si sola la delegación de la responsabilidad o profesionalidad del fiduciario, en la medida en que, como ocurrió en este caso, el fiduciario utilice los conceptos rendidos por su asesor como insumo para el proceso de toma de decisiones y sea quien las adopte, asumiendo en forma personal y directa la responsabilidad que las mismas conllevan⁽³¹⁾.

De otra parte, la conducta de Fiduestado consistente en declarar y pagar impuesto de renta en cabeza del patrimonio autónomo comenzó en el año 2001, respecto del año gravable 2000, y se repitió en el año 2002, respecto del año gravable 2001, sin que fuera objeto de reproche alguno por parte de Tren de Occidente, quien de esa manera la consintió, como lo hizo también Ferrovías, dando así pie a una regla de ejecución contractual por aplicación práctica aceptada por todos los sujetos de derecho intervenientes en el contrato de fiducia⁽³²⁾.

Al respecto se pone de presente que si bien en el contrato de fiducia y sus otrosí aportados a este proceso, no se previó la existencia de un comité operativo del fideicomiso, en los términos previstos en la circular básica jurídica de la (*) Superintendencia Bancaria respecto de órganos de los negocios fiduciarios celebrados por sociedades fiduciarias vigiladas, en la práctica Fiduestado, Tren de Occidente y Ferrovías, establecieron dicho comité, el cual

sesionaba periódicamente, con asistencia de voceros de las tres entidades y del interventor de la concesión, y en su seno se presentaron, discutieron y resolvieron diversos asuntos atinentes a la ejecución del contrato de fiducia, incluyendo los relativos a la declaración y pago del impuesto de renta en cabeza del patrimonio autónomo, en los términos consignados en las respectivas actas o ayudas de memoria de reuniones del referido comité, sin que se advierta en ello irregularidad, vicio o vulneración de norma superior alguna, que lleven a desconocer lo allí tratado y decidido, en cuanto resulte relevante para la resolución de esta litis.

Pasando ahora al análisis del planteamiento de la parte convocante en reconvención, según el cual con la suscripción del otrosí 8 al contrato de concesión desapareció la condición suspensiva para la definición del beneficiario de los rendimientos, quedando plenamente determinado que sería la Nación ese beneficiario, después del año de efectuados los aportes, y debiendo Fiduestado saber que el beneficiario de los rendimientos que no se giraban a Ferrovías, sino que se quedaban en el patrimonio autónomo para destinarse a obras, era el propietario de estas obras, que es la Nación, dado lo cual la Fiduciaria incumplió el contrato de fiducia al declarar y pagar en cabeza del patrimonio autónomo impuesto de renta por el año gravable 2002, el tribunal empieza por recapitular los hechos relevantes, anteriores y posteriores al referido otrosí.

En primer lugar, se recuerda que el director general de presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante oficio fechado el 25 de junio de 2002, expidió el concepto que le fuera solicitado por Ferrovías, acerca de la posibilidad de reinvertir los rendimientos generados dentro de patrimonios autónomos, cuyo constituyente es un particular, en el cual esa dependencia expresó, entre otras cosas, lo siguiente⁽³³⁾:

“Establecido el origen legal de los aportes a las concesiones, queda por establecer si dichos aportes ejecutan o no la apropiación presupuestal respectiva (...) particular es del caso anotar que las apropiaciones que han amparado los aportes para las concesiones tanto en el caso de Ferrovías como en el de (...) se han referido o específicamente a recuperación de vías férreas, aportes a concesiones o a construcción o mantenimiento de vías mediante el sistema de concesiones. Es claro entonces que el objeto de la apropiación de cumple plenamente al entregar el aporte y en consecuencia el presupuesto debe entenderse ejecutado.

La principal consecuencia de la anterior apreciación jurídica es que si la apropiación se ejecuta al entregar el aporte, en la mayoría de los casos a una fiducia de pagos, los recursos pasan a ser o bien del particular o del patrimonio autónomo constituido para estructurar financieramente el proyecto y en consecuencia, salvo estipulación contractual en contrario, los rendimientos financieros del aporte son del respectivo patrimonio autónomo y pueden ser usados para ser invertidos en el proyecto o para garantizar el retorno de la inversión del particular.

Resulta posible entonces concluir que el concedente, en este caso el Estado, recupera de conformidad con la ley, los réditos de los bienes o recursos aportados una vez estos activos se reviertan y puedan ser explotados directamente.

Ahora bien, en los respectivos contratos las partes pueden regular los temas relacionados con los aportes y los rendimientos financieros de estos (...).

(...).

La principal consecuencia jurídica presupuestal de la constitución de un patrimonio autónomo es que los recursos que se transfieren a este se deben entender ejecutados al cambiar de titular patrimonial y quedar vinculados a un nuevo ente de derecho con destino a un fin específico. De acuerdo con lo anterior, los rendimientos que generen estos recursos pertenecerán al patrimonio autónomo en las condiciones establecidas en el respectivo contrato” (se resalta y subraya).

Siguiendo los criterios plasmados en este concepto, Ferrovías y Tren de Occidente suscribieron el acta de acuerdo 46, fechada el 12 de julio de 2002⁽³⁴⁾, en la cual precisaron que “Los intereses o rendimientos que produzcan los aportes efectuados por Ferrovías e ingresados al patrimonio autónomo, se pagarán a Ferrovías a partir del vencimiento del año contado desde la fecha de ingreso del aporte que generó los intereses o rendimientos, en el evento en que estos existan total o parcialmente por no haber sido consumidos”. Copia del acta de acuerdo 46 fue

remitida por Tren de Occidente a Fiduestado mediante comunicación TDO-1609 del 16 de julio de 2002⁽³⁵⁾.

Posteriormente, mediante otrosí 8 al contrato de concesión, fechado el 30 de julio de 2002⁽³⁶⁾, Ferrovías y Tren de Occidente acordaron, entre otras cosas, que “Los rendimientos financieros producidos por los aportes realizados por Ferrovías en las fiducias constituidas para administrar los recursos de la Concesión de la Red Férrea del Pacífico, pertenecen al patrimonio autónomo si se generan dentro del año calendario contado a partir de la fecha en la cual se realiza cada aporte. Si al finalizar este período, cada aporte no se utiliza en su totalidad, los rendimientos que genere su saldo, no harán parte del patrimonio autónomo y se girarán a la dirección del tesoro nacional dentro de su oportunidad legal”. Copia de este otrosí fue remitida por Tren de Occidente a Fiduestado mediante comunicación TDO-1728 del 9 de septiembre de 2002⁽³⁷⁾, junto con un proyecto de otrosí al contrato de fiducia, relativo, entre otras, a la cláusula 7, que el tribunal entiende nunca se suscribió.

En el frente tributario, mediante comunicación LEA02120204 del 2 de diciembre de 2002⁽³⁸⁾, la firma Orozco Pardo y Asociados ratificó a Fiduestado lo expresado en las comunicaciones LEA19090102 del 19 de septiembre de 2001, 8797 del 27 de marzo de 2001 y 7921 del 30 de octubre de 2000, en el sentido que “el Fideicomiso Red Férrea del Pacífico se encuentra obligado a declarar y pagar impuesto a la renta, asimilado a una sociedad anónima, sobre las utilidades originadas en los rendimientos financieros que no pertenecen a la concesionaria ni a Ferrovías, es decir, que no tienen designación de beneficiarios conocidos”, y anexó copia de los conceptos 43289 del 9 de mayo de 2000 y 22623 del 21 de marzo de 2001 de la DIAN, en los que se hace referencia a la obligación de declarar y pagar impuestos a la renta por los patrimonios autónomos sobre las utilidades que no tienen designación de beneficiarios conocidos.

El 16 de enero de 2003 se celebró una reunión del comité operativo del fideicomiso, acta 6⁽³⁹⁾

, en la cual consta que el vocero de Fiduestado manifestó encontrarse en una situación en la cual no tiene la potestad para decidir sobre el registro de los rendimientos financieros del fideicomiso, dependiendo para ello del acuerdo de Tren de Occidente y Ferrovías sobre dicho particular, y puso de presente la necesidad de que cualquier decisión al respecto fuera tomada por las partes en esa misma fecha, debido a que los estados financieros del fideicomiso al corte 31 de diciembre de 2002 se deben transmitir a la (*) Superintendencia Bancaria a más tardar el 20 de enero de 2003. El vocero de Ferrovías reiteró la posición expresada en la comunicación VF-3-2003, enviada a Fiduestado el 10 de enero de 2003, en el sentido que el otrosí 8 al contrato de concesión se aplica a partir del 30 de julio de 2002, y precisó que dicha posición corresponde a una decisión de la nueva administración “con las consecuencias que se vengan sin discutir nada”. Por su parte, el vocero de Tren de Occidente, luego de hacer un recuento del desarrollo del tema, manifestó que si las partes acogieron el concepto del Ministerio de Hacienda, se entendería que el mismo se puede aplicar tal y como se convino, entendiendo que se le giró a la Nación unos recursos en exceso, por lo que propone que se compensen, propuesta que no fue acogida por Ferrovías.

Mediante comunicación TDO-0021-03, fechada el 16 de enero de 2003⁽⁴⁰⁾, Tren de Occidente manifestó a Fiduestado su posición sobre la aplicación de la metodología de cálculo de rendimientos, reiterando su aprobación a la metodología aplicada por el fiduciario para liquidar los rendimientos generados por el patrimonio autónomo y su distribución entre los beneficiarios, señalando, como consecuencia de lo anterior, que los registros contables de los rendimientos girados a la Nación a julio de 2002 y de los rendimientos causados a partir de julio de 2002, deben efectuarse de acuerdo a los resultados que arroja la metodología seguida por el fiduciario, reservándose el derecho de formalizar reclamaciones para obtener, en nombre y a favor del proyecto la devolución o el reembolso de recursos girados en exceso a la Nación, dada la negativa de Ferrovías de aceptar la compensación del mayor valor girado a la Nación por concepto de rendimientos financieros, y señalando además que no considera procedente asumir responsabilidad alguna ni exonerar al fiduciario o a Ferrovías, por eventuales inexactitudes en la liquidación del impuesto de renta del fideicomiso por el año gravable 2002 y anteriores.

En la reunión del comité operativo del Fideicomiso realizada el día 28 de febrero de 2003 (acta 7)⁽⁴¹⁾, Fiduestado manifestó que el patrimonio autónomo presenta obligaciones fiduciarias que debe atender, que incluyen el pago de la declaración de renta del año 2002 calculada con base en la renta presuntiva con un valor aproximado de \$ 1.826 millones, y que cuenta solo con un saldo de aportes de \$ 151 millones que no alcanza a cubrir los pagos, por lo cual el fideicomitente deberá situar esos recursos en el patrimonio autónomo para cumplir oportunamente estas

obligaciones. Fiduestado se comprometió a remitir a las partes del contrato de concesión el valor que debe cancelarse por concepto del impuesto de renta del año 2002 una vez Orozco, Pardo & Asociados valide la información presentada por la fiduciaria en la declaración. No consta en dicha acta objeción alguna de Tren de Occidente o de Ferrovías.

El informe mensual del Fideicomiso correspondiente al mes de febrero de 2003⁽⁴²⁾, conocido por Tren de Occidente, en el acápite II de comentarios al movimiento del mes, revela que el 10 de febrero de 2003 se pagó la primera cuota del impuesto por \$ 221,1 millones⁽⁴³⁾, de la cual persiste un saldo por pagar a la DIAN de \$1,605.2 millones, a ser cancelados por el patrimonio autónomo así:

Cuotas	Porcentaje	Valor	Fecha
Segunda cuota	0.35	561,827,000	Abril 7 de 2003
Tercera cuota	0.30	481,566,000	Junio 9 de 2003
Cuarta cuota	0.25	401,305,000	5 agosto de 2003
Quinta cuota	0.10	160,522,000	7 octubre de 2003
Total		1,605,220,000	

Mediante comunicación del 31 de marzo de 2003⁽⁴⁴⁾, Fiduestado informó que la declaración de renta del Fideicomiso del año gravable 2002 fue revisada y avalada por sus asesores tributarios Orozco Pardo & Asociados, arrojando un valor por pagar de \$1.826.398.000, calculado con base en la renta presuntiva y, teniendo en cuenta que como se había informado el 10 de febrero de 2003 se canceló la primera cuota de renta por \$221.178.000 persiste un saldo a la DIAN de \$1.605.220 los cuales deben ser cancelados por el patrimonio autónomo en las fechas y cantías en ella indicadas que son las mismas señaladas en el informe del mes de febrero presentado por la fiduciaria. De otra parte, manifestó que queda un saldo de aportes en el fideicomiso de aproximadamente \$151.000.000 el cual no es suficiente para cancelar la cuota siguiente, por lo cual solicitó con base en las cláusulas 16 y 20 del contrato de fiducia, situar estos recursos a favor del fideicomiso antes de cada una de las fechas estipuladas con el fin de que la fiduciaria pueda darle cumplimiento al pago de estas obligaciones tributarias.

Fiduestado, como vocera del fideicomiso Concesión Red Pacífica, presentó la declaración de renta y complementarios o de ingresos y patrimonio para personas jurídicas año gravable 2002 90000011512171, el 3 de abril de 2003, con un total de saldo a pagar de \$1.826.398.000⁽⁴⁵⁾, y mediante comunicaciones de fechas 31 de marzo de 2003⁽⁴⁶⁾, DBCIE0166-03 del 4 de abril de 2003⁽⁴⁷⁾, DCBIE-295-03 del 24 de julio de 2003⁽⁴⁸⁾, DCBIE-351-03 del 27 de agosto de 2003⁽⁴⁹⁾, y DCBIE-383-03 del 16 de septiembre de 2003⁽⁵⁰⁾, le comunicó a Tren de Occidente los pagos efectuados y las fechas de vencimiento de las cuotas, y le solicitó realizar los respectivos traslados para efectuar los pagos respectivos, sin que la parte convocante en reconvención objetara la presentación de la declaración de renta y las subsiguientes solicitudes de recursos.

Por el contrario, Tren de Occidente, mediante comunicaciones TOD-0389-03 del 9 de junio de 2003⁽⁵¹⁾, TOD-0525-03 del 28 de julio de 2003⁽⁵²⁾, TDO-0606-03 del 5 de septiembre de 2003⁽⁵³⁾ y TDO-0627-03 del 23 de septiembre de 2003⁽⁵⁴⁾, le informó a Ferrovías y a INCO la cancelación de las cuotas y los saldos pendientes por pagar a la DIAN, y solicitó autorizar a la interventoría para tramitar los traslados de fondos requeridos, del fideicomiso de Fiducolombia al de Fiduestado, a lo cual accedieron Ferrovías e INCO mediante comunicaciones VCD-764/03 del 9 de junio de 2003⁽⁵⁵⁾, 0000453 del 5 de agosto de 2003⁽⁵⁶⁾, MER-001312 del 2 de octubre de 2003⁽⁵⁷⁾ y 000493 del 7 de octubre de 2003⁽⁵⁸⁾.

En armonía con lo anterior, Tren de Occidente remitió a Fiducolombia las órdenes de pago 0021-11 del 7 de abril de 2003⁽⁵⁹⁾, 0029-7 del 9 de junio de 2003⁽⁶⁰⁾, 0043-9 del 5 de agosto de 2003⁽⁶¹⁾, 0049-11 del 8 de septiembre de 2003⁽⁶²⁾ y 0054-13 del 7 de octubre de 2003⁽⁶³⁾ y solicitó el giro de los recursos mediante memorandos de reembolso 0532 del 5 de agosto de 2003⁽⁶⁴⁾, 0552 del 8 de septiembre de 2003⁽⁶⁵⁾ y 0569 del 7 de octubre de 2003⁽⁶⁶⁾, el Consorcio Gerenciar autorizó a Fiducolombia trasladar a la cuenta de Fiduestado los recursos para efectuar los pagos, mediante memorandos de traslado del 7 de abril de 2003⁽⁶⁷⁾, 2 del 9 de junio de

2003(68) , 3 del 5 de agosto de 2003(69) , 4 del 8 de septiembre de 2003(70) y 5 del 7 de octubre de 2003(71) , traslados que fueron efectuados.

Fiduestado, con recursos del fideicomiso, que incluían los recursos recibidos de Fiducolombia con ocasión de los traslados antes mencionados, gestionados por Tren de Occidente, pagó por cuenta del patrimonio autónomo el impuesto de renta año gravable 2002, en la forma que se resume en el siguiente cuadro⁽⁷²⁾:

Nº Cuotas	Recibo de pago oficial	VR Pagado impuesto	Fecha de pago
Primera cuota	5424510000599-7(73))	221,178,000	10-Feb-2003
Segunda cuota	5416301000336-3(74))	561,827,000	07-Abr-2003
Tercera cuota	0712625008553-7(75))	481,566,000	09-Jun-2003
Cuarta cuota	0712625010146-9(76))	334,102,000	05-Ago-2003
Quinta cuota	0712625012048-4(77))	153,055,000	07-Oct-2003
Pago sobretasa	0712625011061-2(78))	74,670,000	08-Sep-2003
Total declarado y pagado		1,826,398,000	

Dichos pagos fueron también relacionados en los informes mensuales del fideicomiso presentados por la fiduciaria, correspondientes a los meses de febrero de 2003(79) , abril de 2003(80) , junio de 2003(81) , julio de 2003(82) , agosto de 2003(83) , septiembre de 2003(84) y octubre de 2003(85) , los cuales entiende el tribunal no fueron objetados por Tren de Occidente.

Con comunicación TDO-0737-03 del 18 de noviembre de 2003⁽⁸⁶⁾ , Tren de Occidente le manifestó a Fiduestado el deterioro administrativo y operativo que ha presentado la fiduciaria, en la administración del contrato de fiducia por no haber “realizado diligentemente los actos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones contractuales a las que se comprometió, siendo una de estas, la de llevar la contabilidad de este fideicomiso” y expresó que “es claro que la fiduciaria con esta situación ha constituido un incumplimiento del contrato de fiducia mercantil y se encuentra en incapacidad de administrar el fideicomiso, por lo que nuevamente exigimos la liquidación de este contrato”.

Mediante comunicación TDO-0845-03 del 30 de diciembre de 2003⁽⁸⁷⁾ , Tren de Occidente presentó a Fiduestado requerimiento de arreglo directo con apoyo en la cláusula 25 del contrato de fiducia para lo cual planteó los hechos, motivos de preocupación, pruebas, fundamentos de su posición, normas contractuales y legales que, a su juicio, se han desconocido por la fiduciaria y la propuesta para la solución directa del conflicto, respecto del contrato de fiducia celebrado entre las partes el 20 de enero de 1999, sin que en esta comunicación se haga referencia alguna al pago del impuesto de renta por el año gravable 2002. A ello se respondió con comunicación GL-085 del 21 de enero de 2004⁽⁸⁸⁾ , en la que el liquidador encargado de Fiduestado expresó no poder participar en la propuesta de arreglo directo planteada por Tren de Occidente, dado el proceso liquidatorio de la fiduciaria y la complejidad de los hechos objeto de discusión.

Mediante comunicación TDO-0170-05 del 5 de abril de 2005⁽⁸⁹⁾ , Tren de Occidente planteó a Fiduestado la necesidad de hacer la corrección de la declaración de renta del Fideicomiso, respaldada por el concepto técnico de sus asesores en materia tributaria —la firma Ricardo Sabogal & Cía.—, como procedimiento para poder solicitar después la devolución del pago de impuestos no debidos por el patrimonio autónomo, “por cuanto en nuestra opinión de no existir condiciones suspensivas o situaciones que impidan identificar los beneficiarios de tal

patrimonio autónomo, no existió la obligación de declarar y pagar impuestos de renta por el año gravable 2002 y anteriores”.

A ello contestó la fiduciaria con comunicación GL-0196 del 7 de abril de 2005⁽⁹⁰⁾, manifestando que, evaluado el planteamiento contenido en la comunicación TDO-0170-05 del 5 de abril de 2005, a la luz de las consideraciones tributarias expuestas por el doctor Ricardo Sabogal y previa opinión de sus asesores en materia tributaria, reitera que la declaración de renta correspondiente al año gravable 2002 contiene la realidad económica, contable e impositiva del patrimonio autónomo, por lo cual no resulta viable la propuesta de corrección.

Mediante comunicación TDO-0174-05 del 7 de abril de 2005⁽⁹¹⁾, Tren de Occidente expresó a Fiduestado su desacuerdo con la forma en que se niega la fiduciaria a adelantar las gestiones para obtener la devolución del impuesto de renta del período gravable 2002, sin sustento y sin indicar el argumento tenido en cuenta por el asesor tributario para afirmar que la corrección no se puede hacer enmendando el error de haber contabilizado como gastos los reembolsos de costos de obras y los pagos de los beneficios. También se expresa que esa es la alternativa para hacer la corrección a la declaración de renta, que no se ve otra para reabrir el término para hacer la corrección final y obtener así la devolución de los impuestos y que se considera injustificada la negativa de la fiduciaria y su asesor tributario.

Mediante comunicación LEA21040504 del 21 de abril de 2005⁽⁹²⁾, la firma Orozco/Pardo & Asociados ratificó a Fiduestado sus comentarios sobre el concepto emitido por el asesor tributario de Tren de Occidente, con relación a posibles puntos de corrección de la declaración de renta del fideicomiso, así como su criterio en cuanto a que no existen motivos para proceder a corregir la declaración de renta del año 2002 del fideicomiso.

A la luz de los hechos relacionados, advierte el tribunal en primer término que, contrario a lo aseverado por Tren de Occidente, el otrosí 8 al contrato de concesión no alteró la situación tributaria de los rendimientos que debían permanecer en el patrimonio autónomo, toda vez que lo que allí se precisó fue la fecha de corte a emplear para definir la permanencia de rendimientos en el fideicomiso y, consiguientemente, el momento a partir del cual era exigible el derecho de Ferrovías a recibir la parte de los rendimientos que en virtud del contrato de fiducia le correspondían, sin modificar la definición inicialmente adoptada en el sentido de asignar una parte de los rendimientos al patrimonio autónomo —los cuales eran de este y seguían por tanto sin tener un beneficiario determinado— y la otra parte a Ferrovías.

Por lo tanto, el otrosí 8 al contrato de concesión no modificó —ni podía modificar— el contrato de fiducia, en cuanto a la definición plasmada en la cláusula 7 de este, modificada por el otrosí 1, de mantener parte de los rendimientos en el patrimonio autónomo, ni en aquel documento, relativo al contrato de concesión, las partes suscriptoras, Tren de Occidente y Ferrovías, establecieron que el beneficiario de tales rendimientos sería la Nación.

En cuanto a que la Nación, por ser propietaria de las obras de la concesión materia del contrato de concesión, fuese la beneficiaria de esos rendimientos, se observa que según el criterio jurídico expresado en el precitado concepto del director general de presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que fue acogido por Tren de Occidente y por Ferrovías, hasta el momento de efectuarse los aportes pactados en el contrato de concesión los recursos que Ferrovías debía entregar al Concesionario, a través del Fideicomiso, eran de carácter público, vinculados a las apropiaciones hechas con cargo al presupuesto de dicha entidad estatal, pero hecho el aporte quedaba ejecutada la apropiación presupuestal y los recursos pasaban a ser del patrimonio autónomo y de carácter privado, lo cual implica que también eran de carácter privado los rendimientos obtenidos por su inversión temporal.

Con otras palabras, ejecutada la apropiación presupuestal mediante la entrega de los respectivos recursos hecha por Ferrovías a Tren de Occidente, por intermedio de Fiduestado y con destino al fideicomiso —Concesión Red Pacífica, en cumplimiento de lo dispuesto sobre el particular en el contrato de concesión, los recursos así entregados por Ferrovías dejaban de ser de esta —quien en consecuencia dejaba de tener el derecho que hasta entonces detentaba sobre los mismos— y pasaban a ser recursos privados de propiedad del patrimonio autónomo y, por ende, los rendimientos generados por dichos recursos, como accesorios de estos, eran también de carácter privado. Y reconocida la posibilidad que las partes tenían de regular en el respectivo contratos los temas relacionados con los aportes y sus rendimientos financieros, estos debían seguir el destino determinado en el

contrato de fiducia, que como quedó visto consistía en que una parte de los rendimientos debía permanecer en el patrimonio autónomo para ser aplicados al cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, y la otra parte era de Ferrovías, en virtud del mismo contrato, en los términos pactados en las cláusulas 7, modificada por el otrosí 1, y 10, del contrato de fiducia.

Sentado lo anterior, procede distinguir entre el contrato de concesión y el contrato de fiducia mercantil y sus respectivos efectos jurídicos, los cuales no pueden confundirse ni tomarse unos por otros, aún si entre ambos contratos se dan como en este caso determinadas relaciones instrumentales o de complementariedad.

Al punto se tiene que mediante el contrato de concesión, el Estado otorga al concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia de la entidad concedente, a cambio de una remuneración⁽⁹³⁾, durante el plazo y en los términos pactados, de modo tal que durante su vigencia el beneficio económico de la concesión aprovecha al concesionario. En tal sentido, el legislador ha dispuesto, de un lado, que bajo el esquema de concesión los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto este obtenga dentro del plazo estipulado el retorno al capital invertido y, de otro lado, que el Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión (L. 105/93, art. 30, par. 3º), habida cuenta que a la terminación del contrato de concesión se extinguen los derechos del concesionario y los bienes materia de la concesión revierten a la Nación.

Pero la existencia del contrato de concesión y la propiedad de las obras concesionadas en cabeza de la Nación no sirven como base jurídica para decir que la Nación es beneficiario del contrato de fiducia mercantil celebrado por el concesionario con un tercero operador fiduciario, en cumplimiento de obligaciones contraídas por aquel en el contrato de concesión, pues, como ya se explicó en anteriores apartes de este laudo, pese a la relación que entre ambos contratos pueda existir, en virtud de la estructura jurídica y financiera adoptada para el desarrollo de la concesión, se trata de dos negocios jurídicos típicos y autónomos, cada uno de los cuales se enmarca y gobierna por las normas legales que le corresponden —artículo 32, numeral 4º, en armonía con las demás disposiciones legales aplicables según la clase de concesión de que se trate, en particular los artículos 30 de la Ley 105 de 1003, y 81 de la Ley 336 de 1996, para el contrato de concesión de vías férreas, y artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, para el contrato de fiducia mercantil— y, se reitera, el beneficiario del contrato de fiducia mercantil es quien ha sido designado en tal calidad por el fideicomitente.

Por lo expuesto en las consideraciones que anteceden, para el tribunal no es de recibo el entendimiento propuesto por la parte convocante en reconvención, en cuanto a que por ser propietaria de las obras de la concesión Red Férrea del Pacífico, la Nación fuera beneficiaria de los rendimientos que debían permanecer en el patrimonio autónomo, pues lo probado en este proceso es que, según lo expresamente estipulado en el contrato de fiducia, cuya validez fue apoyada por el director general de presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el aludido concepto del 25 de junio de 2002, acogido por Tren de Occidente y por Ferrovías, tales rendimientos le pertenecían al mismo patrimonio autónomo y, por lo tanto, durante la vigencia del contrato de fiducia la Nación no podía conforme a derecho exigir su entrega. Ello sin perjuicio de que la aplicación de tales rendimientos al desarrollo de las obras previstas en el contrato de concesión, aprovechara primero al concesionario, durante el desarrollo de las obras de rehabilitación de la red férrea, en la medida en que Tren de Occidente contaría con recursos adicionales a los de los aportes de Ferrovías, para financiar el desarrollo de tales obras, y luego a la Nación a la culminación de la concesión y al revertir a esta los derechos sobre las obras realizadas por el concesionario en la vía férrea concesionada.

Volviendo sobre la conducta contractual de las partes aquí litigantes, para el tribunal, el hecho de no haber cuestionado Tren de Occidente la presentación de la declaración de renta por el año gravable 2002, que le fue oportunamente informada por la fiduciaria, y de haber en cambio gestionado pacíficamente el traslado de recursos que le fueron requeridos por Fiduestado para el pago de las cuotas del impuesto resultante a cargo del patrimonio autónomo, pagos que tampoco fueron objetados en su momento, son elementos indicativos de que la parte convocante en reconvención entendió entonces que la conducta de Fiduestado era procedente con posterioridad a

la suscripción del otrosí 8 al contrato de concesión, además de consistente con la historia de ejecución del contrato de fiducia en esta materia.

En la misma dirección apunta el hecho de que cuando Tren de Occidente requirió en diciembre de 2003 a Fiduestado, para efectos de la aplicación de la cláusula de arreglo directo pactada en el contrato de fiducia, no hizo referencia alguna al tema que luego involucró en su demanda de reconvención, respecto del pago indebido del impuesto de renta y complementarios por el año 2002.

Por ello, el tribunal estima que la discusión levantada en el año 2005 por Tren de Occidente en relación con la declaración y el pago del impuesto de renta por el año gravable 2002, no es consistente con su conducta contractual anterior, y por el contrario pretende desconocer la regla de ejecución contractual que con su consentimiento y el de Ferrovías se construyó en los años anteriores en materia de impuesto de renta a cargo del patrimonio autónomo.

Y en cuanto a la discusión técnica propuesta por Tren de Occidente sobre la idoneidad de la declaración de renta del año gravable 2002, con apoyo en las consideraciones expresadas en dos conceptos emitidos por la firma Ricardo Sabogal & Cía., aportados al expediente⁽⁹⁴⁾, con fundamento en los cuales se buscó que Fiduestado corrigiera la declaración de renta del año gravable 2002, para luego presentar una solicitud de devolución del impuesto pagado, el tribunal considera que en lo tocante con el fondo de dicha discusión, Fiduestado, bajo su responsabilidad, podía apoyarse en el criterio y la recomendación de su asesor tributario, sintetizados en comunicación LEA21040504 de fecha 21 de abril de 2005, a partir de la cual la fiduciaria dio respuesta negativa a los planteamientos de Tren de Occidente.

Por lo demás, se advierte que el primer concepto de la firma Ricardo Sabogal & Cía., se produjo con fecha 28 de marzo de 2005 y aparece radicado en Fiduestado el 1º de abril de 2005, indicando en su parte final que la corrección allí sugerida a la declaración de renta por el año gravable 2002 “no modifica el impuesto a pagar por lo que no da lugar a la liquidación de sanciones por corrección de la sanción” y que dicha corrección debía presentarse a más tardar el 1º de abril de 2005, de cara a lo cual no resultaba razonable exigirle a la fiduciaria que estudiara y resolviera un planteamiento de esa trascendencia en un día.

En una perspectiva más general, el tribunal observa que, al margen de las diferencias y discusiones que se suscitaron entre Tren de Occidente, Ferrovías y el interventor de la concesión, antes y después de la firma del otrosí 8 al contrato de concesión, Fiduestado era quien en últimas tenía a su cargo la responsabilidad legal y contractual de administrar el fideicomiso Concesión Red Pacífica, y en esa medida le correspondía a la fiduciaria adoptar de manera prudente y diligente, esto es, de manera informada, sustentada, razonada y oportuna, las decisiones que estimara procedentes para el adecuado manejo del patrimonio autónomo, incluyendo las decisiones de carácter tributario que en su criterio profesional resultaran pertinentes.

Así las cosas, el tribunal concluye que la conducta de Fiduestado consistente en presentar en cabeza del patrimonio autónomo del fideicomiso Concesión Red Pacífica la declaración del impuesto de renta por el año gravable 2002, y pagar con recursos de este el impuesto a cargo resultante, teniendo como fundamento para ello las reiteradas opiniones y recomendaciones del asesor tributario específicamente vinculado por la fiduciaria para ese caso, correspondió al cumplimiento por parte de esa entidad de los deberes legales impuestos a los fiduciarios en el artículo 102 del estatuto tributario vigente para la época de los hechos, y no implicó el incumplimiento del contrato de fiducia alegado en este proceso por Tren de Occidente.

Establecido como está que la conducta de Fiduestado se ajustó a la que sería exigible de un profesional fiduciario prudente y diligente colocado en situación similar, no resultaba procedente el adelantamiento por su parte de acciones ulteriores tendientes a obtener el reintegro a favor del patrimonio autónomo, de la suma de \$1.826.398.000, pagados por concepto del impuesto de renta del año gravable 2002, por manera que Fiduestado no estaba en la obligación de acoger la solicitud que le hizo el fideicomitente basado en la perspectiva de su asesor tributario, que no fue compartida por el asesor tributario de la fiduciaria, y la no presentación a la DIAN de solicitud de corrección de la declaración de renta o de devolución del impuesto pagado no implicó tampoco el incumplimiento del contrato de fiducia por parte de Fiduestado.

Al no probarse en este proceso los incumplimientos contractuales endilgados por la reconviniente a la parte convocada en reconvención, no hay lugar tampoco a predicar la configuración de perjuicios patrimoniales por ese aspecto, lo que impone descartar la procedencia de condenas indemnizatorias.

Por lo expuesto a lo largo del presente acápite, el tribunal encuentra probadas las defensas propuestas por la parte convocada en reconvención, bajo los títulos “Concurrencia de los supuestos legales para la tributación del fideicomiso durante toda la vigencia del contrato, incluido el año gravable 2002”, “Aquiescencia del fideicomitente y/o del comité operativo del fideicomiso en el pago del impuesto de renta” y “Ausencia de incumplimiento contractual por no presentación de solicitud de devolución ante la DIAN del impuesto pagado”, como habrá de declararlo, denegando en consecuencia las pretensiones tercera, tercera subsidiaria, quinta y sexta consecuenciales, de la demanda de reconvención reformada.

2.3. Los perjuicios reclamados.

En un proceso como el presente se busca asignar la carga de soportar el perjuicio sufrido por el patrimonio que ha recibido una lesión sin estar jurídica o moralmente obligado a ello, al sujeto de derecho que lo causó sin título legítimo.

Habiéndose promovido por las partes convocante y convocante en reconvención unas determinadas pretensiones declarativas, referidas a establecer la fuente concreta de responsabilidad, que han sido decididas por el tribunal previamente, como presupuesto de las pretensiones de condena referidas al daño en cuanto a su naturaleza y cuantificación, en desarrollo del principio de congruencia, le corresponde también al respectivo actor indicar el resarcimiento que demanda de la jurisdicción.

Siendo que esta carga también implica la prueba de todos los elementos de la responsabilidad, dentro de la cual se encuentra la demostración de la ocurrencia del demérito patrimonial cuya reparación se persigue, es necesaria la acreditación de un perjuicio cierto, directo y en principio previsible, correspondiéndole también al demandante establecer la cuantía del daño cierto sufrido.

En cuanto al daño, con respecto a los otros elementos que configuran la responsabilidad civil, resulta útil referir a la jurisprudencia civil pronunciada el 4 de abril de 1968 en la Sala de Casación Civil de la honorable Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria” (G.J. Tomo CXXIV, Magistrado Ponente: Doctor Fernando Hinestrosa).

Teniendo en cuenta el orden en que el tribunal ha abordado las controversias planteadas por las partes dado el momento en que fueron vinculadas al proceso, pasa el tribunal a ocuparse en primer lugar de los perjuicios reclamados en la demanda de la parte convocante, Fiduestado, y a continuación hará referencia a los reclamados en la demanda de reconvención de la parte convocante en reconvención, Tren de Occidente.

2.3.1. Los perjuicios reclamados en la demanda de la parte convocante, Fiduestado.

En la demanda de Fiduestado, a continuación de las pretensiones declarativas, se presenta una serie de pretensiones consecuenciales de condena mediante la formulación de las siguientes peticiones, observándose el cumplimiento de la secuencia requerida entre las pretensiones declarativas de los fundamentos de la responsabilidad civil y de limitación de las pretensiones de condena:

“Tercera. Se condene, en consecuencia, a la sociedad Tren de Occidente S.A. (antes Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A.) a pagar a favor de Fiduciaria del Estado S.A. (hoy en Liquidación), el valor de los perjuicios causados por su incumplimiento, consistentes en la remuneración o las comisiones contractuales dejadas de recibir por la sociedad demandante, o cualquier otra indemnización que resultare probada en este proceso

arbitral.

“Cuarta. Se condene a la sociedad Tren de Occidente S.A. (antes Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A.) a pagar a Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación), los intereses de mora causados, desde la fecha en que debieron pagarse las comisiones fiduciarias adeudadas y la fecha efectiva del pago”.

Como petición subsidiaria de la que se reclama en la pretensión cuarta principal transcrita, la pretensión cuarta subsidiaria propone:

“Cuarta subsidiaria. En subsidio de la pretensión cuarta principal anterior, solicito se condene a la sociedad Tren de Occidente S.A. (antes Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A.) a pagar a Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación), sobre la suma determinada en la pretensión tercera, la corrección monetaria y/o los intereses legales que correspondan”.

Finalmente, mediante la pretensión quinta se solicita la condena en costas de la parte demandada en los siguientes términos:

“Quinta. Se condene a la sociedad demandada al pago de las costas y agencias en derecho del proceso”.

En el presente caso, el tribunal estableció, de un lado, que los aportes de Ferrovías hechos después del 10 de diciembre de 2001 ingresaron en su totalidad al patrimonio autónomo constituido en virtud del contrato de fiducia mercantil celebrado entre Tren de Occidente y Fiducolombia, evidenciando que Tren de Occidente incumplió injustificadamente la obligación de hacer que frente a Fiduestado contrajo en la cláusula 17.1 del contrato de fiducia, consistente en gestionar oportunamente ante Ferrovías los giros de los recursos provenientes del contrato de concesión y su entrega a la Fiduciaria.

Y, de otro lado, estableció también que al no ingresar al patrimonio autónomo administrado por Fiduestado el saldo de los aportes de Ferrovías hechos con posterioridad al 10 de diciembre de 2001, Fiduestado sufrió un perjuicio injustificado, por cuanto por ese hecho se vio privada de realizar la gestión fiduciaria que le fuera contratada por Tren de Occidente, a partir de cuya ejecución podía la Fiduciaria causar y cobrar las comisiones fiduciarias pactadas en el contrato de fiducia. Dicho perjuicio se considera cierto, en la medida en que dichas comisiones se encuentran claramente estipuladas en el contrato de fiducia, y su liquidación puede hacerse conociendo el monto de los recursos desembolsados por Ferrovías, así como estimando los rendimientos que sobre los mismos se habrían podido obtener por su inversión temporal; directo, por cuanto su ocurrencia es consecuencia del referido incumplimiento contractual del fideicomitente —y por lo tanto es imputable a este—, y previsible, toda vez que sin dificultad Tren de Occidente podía anticipar que el no ingreso del saldo de los aportes de Ferrovías al patrimonio autónomo administrado por Fiduestado implicaría la no causación por parte de esta de las comisiones pactadas.

Teniendo en cuenta el sentido de la resolución de las pretensiones declarativas planteadas en la demanda de Fiduestado, expresado en las pertinentes valoraciones, consideraciones, análisis y conclusiones del tribunal, la cuantificación de la condena supone establecer previamente, de un lado, de conformidad con el contrato de fiducia, las comisiones fiduciarias dejadas de percibir por parte de Fiduestado, como consecuencia del incumplimiento contractual de Tren de Occidente, y, de otro lado, el período correspondiente en el que Fiduestado dejó de percibirlas.

Por lo que hace al primer aspecto, las comisiones pactadas a favor de Fiduestado y su forma de liquidación están referidas en las cláusulas 13 y 14 del contrato de fiducia, en los siguientes términos:

“Cláusula 13. Remuneración de la fiduciaria.

“Como remuneración por su gestión, la fiduciaria recibirá las siguientes sumas:

“Por los servicios de administración y pagos una comisión sobre los recursos recibidos del 0.20%.

“Sobre los rendimientos generados una comisión del 7%.

“Sobre las anteriores comisiones se liquidará el IVA vigente a la fecha de cobro.

“Cláusula 14. Pagos de la remuneración

“La comisión por administración y pagos se liquidará y cobrará mes vencido y será descontada de los recursos administrados dentro de los cinco primeros días del mes siguiente.

“La comisión de rendimientos será descontada de manera directa por la fiduciaria con una periodicidad diaria sobre los rendimientos generados en el fondo común ordinario; la comisión sobre rendimientos generados por recursos invertidos en portafolio especial será liquidada mes vencido y pagadera dentro de los cinco primeros días del mes siguiente previa presentación de la factura de cobro”.

De conformidad con lo anterior, las comisiones que el tribunal encuentra fueron dejadas de percibir por Fiduestado, como consecuencia del incumplimiento del contrato de fiducia en que incurrió Tren de Occidente, son las siguientes: (i) las comisiones correspondientes a los servicios de administración y pagos, equivalentes al 0.20% sobre los recursos recibidos por el patrimonio autónomo, y (ii) las comisiones del 7% sobre los rendimientos generados respecto de tales recursos recibidos.

Por lo que hace al segundo aspecto el tribunal, considerando, de una parte, la fecha en que se celebró el contrato de fiducia entre Tren de Occidente y Fiducolombia y, de otra parte, lo expuesto atrás en relación con la terminación del contrato de fiducia por virtud de la disolución de Fiduestado, tomará como fecha inicial del referido período la de constitución del segundo fideicomiso constituido con Fiducolombia, es decir, el 10 de diciembre de 2001, y como fecha final del mismo el 6 de agosto de 2002, fecha de expedición del Decreto 1717 de ese año, mediante el cual el Gobierno Nacional ordenó la disolución y liquidación de Fiduestado.

En armonía con lo anterior y con la prueba que obra en el proceso aportada conjuntamente por las partes, consistente en el informe técnico presentado para suplir los dictámenes periciales inicialmente solicitados ⁽⁹⁵⁾, suscrito por los representantes legales de Fiduestado y de Tren de Occidente, los perjuicios a reconocer comprenden: (i) el valor de las comisiones por servicios de administración y pagos, equivalentes al 0.20% sobre los recursos recibidos, que habría percibido Fiduestado sobre los aportes provenientes de los recursos de Ferrovías ingresados al fideicomiso constituido en Fiducolombia, establecido bajo el escenario 2 descrito en el subnumeral 1.5.2, del numeral 1.5 del referido informe técnico, durante el período mencionado en el párrafo precedente, y (ii) el valor de las comisiones que habría percibido Fiduestado sobre los rendimientos que hubiesen generado los recursos provenientes de Ferrovías que ingresaron al fideicomiso constituido en Fiducolombia, a la tarifa del 7%, establecido bajo el escenario 2 descrito en el subnumeral 1.8.2, del numeral 1.8, del referido informe técnico, durante el mismo período, según la estimación que de tales rendimientos hicieron conjuntamente las partes en dicho informe técnico, sobre la base de unas sumas equivalentes a las recibidas por Fiducolombia por el mismo concepto y período.

Así las cosas, se tiene que, a términos del informe técnico, las comisiones del 0.20% sobre los recursos desembolsados por Ferrovías durante el período arriba mencionado ascienden a \$164.365.362.32⁽⁹⁶⁾.

Por su parte, las comisiones del 7% sobre los rendimientos de los mismos recursos desembolsados por Ferrovías en el período considerado, ascienden a \$284.963.874,00⁽⁹⁷⁾.

Los perjuicios reclamados por Fiduestado derivados del incumplimiento del contrato de fiducia por parte de Tren de Occidente consistentes en la remuneración o las comisiones contractuales dejadas de recibir por aquella que serán reconocido por el tribunal suman, pues, \$449.329.236.32, valor este que corresponde entonces a la condena pedida en la pretensión tercera de la demanda principal, y que deberá ser pagado por la parte convocada a la parte convocante dentro del término que para el efecto se señala en la parte resolutiva del presente laudo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el evento dañoso materializado consistió en el incumplimiento injustificado por parte de Tren de Occidente de la obligación de hacer que frente a Fiduestado trajero en la cláusula 17.1) del contrato de fiducia, de gestionar oportunamente ante Ferrovías los giros de los recursos provenientes del contrato de concesión y su entrega a la fiduciaria, para el patrimonio autónomo, a pesar de que la consecuencia del mismo incumplimiento fue el no ingreso al patrimonio autónomo administrado por Fiduestado del saldo de los aportes de

Ferroviás hechos con posterioridad al 10 de diciembre de 2001, siendo que la obligación incumplida no tiene el carácter de obligación dineraria, encuentra el tribunal que no puede prosperar la pretensión cuarta principal de condena formulada en la demanda principal, en el sentido de que se condene a Tren de Occidente a pagar a Fiduestado “los intereses de mora causados, desde la fecha en que debieron pagarse las comisiones fiduciarias adeudadas y la fecha efectiva del pago”.

Pero de la improsperidad de la pretensión de condena por intereses de mora no se sigue la de la pretensión cuarta subsidiaria formulada mediante la cual se condene a Tren de Occidente a pagar a Fiduestado “sobre la suma determinada en la pretensión tercera, la corrección monetaria y/o los intereses legales que correspondan”. En efecto, teniendo en cuenta que la indexación persigue el pago de sumas de dinero que conserven el poder adquisitivo de la moneda y “... con ella se trata simplemente de poner a la víctima en las mismas condiciones en que se hallaba antes de ocurrir el incumplimiento o la acción lesiva del demandado...”⁽⁹⁸⁾, el tribunal acogerá la pretensión cuarta subsidiaria, precisando que para efectos de dicha indexación se partirá de la estimada conjuntamente por las partes en el informe técnico, hasta el 31 de mayo de 2005.

En ese orden de ideas, según el informe técnico (num. 1.6.2.)⁽⁹⁹⁾, el valor de la indexación por IPC de las comisiones por servicios de administración y pagos, del 0.20%, asciende a la suma de \$37.061.551,74.

A su turno, según el mismo informe técnico (num. 1.9.2.)⁽¹⁰⁰⁾, el valor de la indexación por IPC de las comisiones sobre rendimientos, a la tarifa del 7%, asciende a la suma de \$57.453.557,43.

Adicionalmente, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la fecha de presentación del informe técnico y la fecha de este laudo, el tribunal agregará a los valores antes mencionados los que correspondan a la indexación por el período comprendido entre 1º de junio y el 30 de septiembre de 2005.

En consecuencia la liquidación total por concepto de indexación es la siguiente:

Indexación de las comisiones por servicios de administración y pagos

IPC a sep. 30/2005

Valor aporte	Fecha de recepción	Mes siguiente	Valor comisión	Factor indexación	Valor indexación
65.616.461.541	11/12/2001	11/01/2002	131.232.923,08	24,32	31.915.846,89
10.501.300.000	24/04/2002	01/05/2002	21.002.600,00	20,12	4.225.723,12
3.000.000.000	26/06/2002	01/06/2002	6.000.000,00	19,61	1.176.600,00
2.614.500.000	24/07/2002	01/07/2002	5.229.000,00	19,58	1.023.838,20
450.419.619	31/07/2002	01/08/2002	900.839,24	19,47	175.393,40
82.182.681.160			164.365.362,32		38.517.401,61

Indexación de las comisiones sobre rendimientos

IPC a sep. 30/2005

Fecha	Comisión por portafolio	Comisión FCO	Total comisión sobre rendim	Factor indexación	Valor indexación
01/12/2001	9.667.682	17.781.028	27.458.710	24,32	6.677.958,27
01/01/2002	23.105.223	16.672.387	39.777.610	22,79	9.065.317,32
01/02/2002	22.765.872		22.765.872	21,93	4.992.555,73
01/02/2002		17.587.211	17.587.211	21,93	3.856.875,37

01/03/2002	32.990.878	3.263.684	36.254.562	20,84	7.555.450,72
01/04/2002	32.781.065	4.708.860	37.489.925	20,12	7.542.972,91
01/05/2002	33.526.086	7.203.233	40.729.319	19,61	7.987.019,48
01/06/2002	27.807.449	5.143.470	32.950.919	19,58	6.451.789,94
01/07/2002	27.556.679	2.393.067	29.949.746	19,47	5.831.215,55
Total	210.210.934	74.752.940	284.963.874		59.961.155,27

Así, el valor total de la indexación a cuyo pago se condenará a Tren de Occidente es de \$ 98.478.556,88, que deberá ser pagado por la parte convocada a la parte convocante dentro del término que para el efecto se señala en la parte resolutiva del presente laudo.

2.3.2. Los perjuicios reclamados en la demanda de reconvención de Tren de Occidente.

En cuanto a los perjuicios reclamados en la demanda de reconvención, como quiera que no prosperan las pretensiones declarativas sobre cuya base se solicitó condenar a la parte convocada en reconvención por tales perjuicios, el tribunal denegará las pretensiones quinta, sexta y séptima de la contrademandada.

2.4. Costas.

Como quiera que las pretensiones de la demanda principal prosperaron y que salvo una pretensión, sin consecuencias condenatorias, todas las pretensiones de la reconvención se rechazarán, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal procederá a imponer la condena en costas a cargo de Tren de Occidente, en los siguientes términos:

2.4.1. Honorarios del árbitro, la secretaría y gastos del tribunal

Honorarios de los árbitros	\$174.480.000
IVA 16%	\$ 27.916.800
Honorarios de la Secretaría	\$ 29.080.000
IVA 16%	\$ 4.652.800
Gastos de Funcionamiento y Administración— Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 13.024.000
IVA 16%	\$ 2.083.840
Protocolización, registro y gastos	\$ 31.376.760
Total	\$282.614.200
100% a cargo de Tren de Occidente S.A.	\$282.614.200
50% pagado por cada parte	\$141.307.100
Total a cargo Tren Occidente S.A.	\$141.307.100

2.4.2. Agencias en derecho:

El tribunal fija el valor de las agencias en derecho, tomando como parámetro la tarifa señalada para un árbitro	\$58.160.000
100% a cargo de Tren de Occidente S.A.	\$58.160.000
Total gastos y agencias en derecho a cargo de Tren de Occidente S.A., descontando el 50 por ciento de los gastos y honorarios ya	\$199.467.100

pagados.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado en su totalidad por Tren de Occidente.

3. Decisión.

En mérito de lo expuesto, este tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar que entre la sociedad Tren de Occidente S.A. (antes Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico S.A.) y la sociedad Fiduciaria del Estado S.A. (hoy en liquidación), se suscribió el 20 de enero de 1999 un contrato de fiducia mercantil rotulado “de administración y pagos de los recursos aportados por Ferrovías para la ejecución del plan de obras de rehabilitación previsto en el contrato de concesión de la red pacifica”. En consecuencia, prosperan la primera pretensión de la demanda de Fiduciaria del Estado S.A., y la primera pretensión de la demanda de reconvenCIÓN de Tren de Occidente S.A.

Segundo. Por carencia de fundamentos legales y contractuales según lo expuesto en la parte motiva, rechazar las excepciones propuestas por Tren de Occidente S.A., contra la demanda de Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación), con excepción de la denominada “Ausencia de mora en el pago de prestaciones de Tren de Occidente S.A. a Fiduestado”, la cual prospera parcialmente como se indica en la parte motiva.

Tercero. Declarar que Tren de Occidente S.A., incumplió el contrato de fiducia mercantil mencionado en la resolución primera precedente, incumplimiento que causó un daño a Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación), todo lo anterior (incumplimiento y daño) en los términos indicados en la parte motiva de este laudo, por lo cual aquella es civilmente responsable ante esta por dicho incumplimiento. En consecuencia, se declara la prosperidad de la segunda pretensión de la demanda de Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación).

Cuarto. Declarar que Tren de Occidente S.A., debe resarcir los perjuicios causados a Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación), a que se refiere la declaración anterior y, en consecuencia, debe la primera pagar a la segunda el valor correspondiente a las comisiones dejadas de recibir a que esta hubiera tenido derecho conforme al contrato de fiducia mercantil referido en la resolución primera precedente, dentro del período indicado en la parte considerativa de este laudo y según la liquidación allí mismo consignada. Prospera, entonces, la tercera pretensión de la demanda de Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación).

Quinto. Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a Tren de Occidente S.A., a pagar a Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación), de acuerdo con lo indicado en la parte motiva, la suma de cuatrocientos cuarenta y nueve millones trescientos veintinueve mil doscientos treinta y seis pesos con treinta y dos centavos moneda legal colombiana (\$449.329.236.32) dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral. La suma indicada devengará intereses moratorios comerciales a la tasa más alta que resultare viable legalmente a partir del vencimiento del término anterior.

Sexto. Por carencia de fundamentos legales y contractuales según lo expuesto en la parte motiva, rechazar la pretensión cuarta principal de la demanda de Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación).

Séptimo. Condenar a Tren de Occidente S.A., a pagar a Fiduestado S.A. (en liquidación), la suma de noventa y ocho millones cuatrocientos setenta y ocho mil quinientos cincuenta y seis pesos con ochenta y ocho centavos moneda legal colombiana (\$ 98.478.556.88), correspondiente a la indexación del valor de las comisiones dejadas de recibir a que esta hubiera tenido derecho conforme al contrato de fiducia referido en la primera resolución de este laudo, conforme a las respectivas consideraciones y liquidación consignadas en la parte motiva pago que deberá efectuarse dentro del mismo término indicado en la quinta resolución de este laudo y que devengará

intereses moratorios comerciales a la tasa mas alta que resultare viable legalmente, a partir del vencimiento del mencionado término. En consecuencia se declara la prosperidad de la cuarta pretensión subsidiaria de la demanda de Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación).

Octavo. Declarar que prosperan los medios de defensa propuestos por Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación), contra la demanda de reconvención de Tren de Occidente S.A., por las razones expuestas en la parte motiva.

Noveno. Por carencia de fundamentos legales y contractuales según lo expuesto en la parte motiva, rechazar las pretensiones segunda, segunda subsidiaria, tercera, tercera subsidiaria, cuarta, quinta, sexta y séptima, de la demanda de reconvención de Tren de Occidente S.A.

Décimo. Condenar en costas a Tren de Occidente S.A., en la suma de ciento noventa y nueve millones cuatrocientos sesenta y siete mil cien pesos moneda legal colombiana (\$199.467.100), de acuerdo con lo establecido en la parte motiva, suma que incluye las agencias en derecho y que deberá ser pagada a Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación), dentro del mismo término indicado en la quinta resolución de este laudo y que devengará intereses moratorios en la forma allí mismo determinada. En consecuencia, se declara la prosperidad de la pretensión quinta de la demanda de Fiduciaria del Estado S.A. (en liquidación).

Décimo primero. Declarar causado el saldo final de honorarios de los árbitros y de la secretaría. El presidente efectuará los pagos correspondientes.

Décimo segundo. Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas de la presente providencia con destino a las partes y al representante del Ministerio Público. Las copias de las partes se expedirán con las constancias de ley.

Décimo tercero. Disponer que una vez esté en firme esta providencia se protocolice el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá, y que si fuere el caso se devuelvan las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, una vez deducidos los que se hayan hecho dentro del proceso. Se previene a Tren de Occidente S.A. sobre su obligación de suministrar el monto que llegare a faltar, de no ser suficiente la suma consignada para esa protocolización.

Esta providencia queda notificada en audiencia a los apoderados de las partes.

Notifíquese y cúmplase.

Juan Carlos Varón Palomino, Presidente—Juan Pablo Cárdenas, árbitro—Mejía Gilberto Peña Castrillón, árbitro.

Camila de la Torre Blanche, Secretaria.
