

Tribunal de Arbitramento

Corporación Financiera Colombiana S.A.

v.

Invercolsa S.A. y otras

Mayo 5 de 2005

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil cinco (2005).

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede este tribunal de arbitramento a dictar el laudo que resuelve las diferencias planteadas por Corporación Financiera Colombiana S.A., a quien en este texto se reconocerá también como “Corficolombiana”, frente a las sociedades Invercolsa S.A. en liquidación, Inversiones Walkiria S.A., Delima Marsh S.A., Inverdel Medellín Limitada en liquidación, Inverdel Bogotá Ltda. en liquidación, Prisma S.A., Inverdel Barranquilla Limitada en liquidación, Inverdel Pereira Ltda. en liquidación, Inverdel Manizales Ltda. en liquidación, Inverdel Bucaramanga Ltda. en liquidación y Colinsa S.A. en liquidación, quienes, a su vez, se identificarán indistintamente como “las convocadas”, “las demandadas” o “las garantes”, el cual se pronuncia en derecho.

CAPÍTULO I

Antecedentes

1. Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el contrato de garantía suscrito el veinticuatro (24) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) entre la Corporación Financiera de Los Andes S.A. “Corfiandes”, la cual fue absorbida por Corficolombiana, y las sociedades convocadas, mediante el cual estas últimas, en su calidad de garantes vendedoras de las acciones de la sociedad Progreso Corporación Financiera S.A. (en adelante “Progreso”) vendidas a Corfiandes, se hicieron responsables frente a esta por pasivos ocultos y contingencias de Progreso.
2. En la demanda se adujo como pacto arbitral el contenido en la cláusula décima del contrato de garantía citado, que reúne los requisitos legales y cuyo texto es el siguiente:

“Cualquier controversia que surja en virtud del presente convenio, o de los que se deriven de este que sea concerniente al mismo, de no poder ser resuelta por acuerdo mutuo de las partes, será dirimida a través de un tribunal de arbitramento. El arbitraje será conducido y resuelto finalmente por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo por las partes y de no ser posible, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a que una de las partes comunique a la otra su solicitud de hacer uso de esta cláusula, se someterá a lo dispuesto en (sic) reglas de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá vigentes para la fecha de suscripción del presente convenio. Todos los procedimientos de arbitraje realizados conforme al presente convenio se efectuarán en la ciudad de Bogotá. Cualquier decisión, sentencia o laudo arbitral que emane del arbitraje serán en derecho y obligante para los garantes vendedores y el comprador”.
3. El día 23 de julio de 2003 Corficolombiana, por conducto de apoderado judicial, solicitó la convocatoria de este tribunal de arbitramento y formuló demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá contra las sociedades convocadas.
4. El 22 de septiembre de 2003 todas las partes designaron de común acuerdo a los suscritos árbitros para solucionar las diferencias objeto de este proceso, quienes aceptamos el encargo oportunamente.
5. La audiencia de instalación de este tribunal se realizó el 18 de noviembre de 2003, quien mediante auto 1, admitió la solicitud de convocatoria y dispuso correr traslado de la misma a la parte convocada.

6. La sociedad Inversiones Walkiria S.A. fue notificada el mismo 18 de noviembre de 2003 y las demás sociedades convocadas fueron notificadas el 15 de diciembre siguiente.

7. Todas las sociedades convocadas dieron oportuna contestación a la demanda en escritos presentados el día 2 de diciembre de 2003, por Inversiones Walkiria S.A., y el 24 de diciembre siguiente, por las demás, mediante los cuales se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y formularon excepciones de mérito. Por auto 3 proferido en audiencia que tuvo lugar el día 5 de febrero de 2003 el tribunal le corrió traslado de las excepciones de mérito a la convocante, quien durante el correspondiente traslado pidió pruebas adicionales.

8. El 24 de febrero de 2004 tuvo lugar la audiencia de conciliación, la cual fracasó ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

9. En virtud de lo anterior, mediante auto 5, proferido en esa misma fecha, el tribunal señaló las sumas por concepto de honorarios y de gastos, los cuales fueron oportunamente consignados en igual proporción por las partes.

10. La primera audiencia de trámite tuvo lugar el 24 de marzo de 2004 y en ella, mediante auto 6, confirmado por auto 7, el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias planteadas en la demanda.

11. Por auto 8, confirmado mediante auto 9, proferidos ambos en la citada audiencia, el tribunal decretó pruebas, teniendo en cuenta las solicitudes que constan en la demanda, su contestación, la solicitud de pruebas adicionales presentada el 9 de febrero de 2004 por la parte convocante y el escrito del 1º de marzo del mismo año mediante el cual la parte convocada modificó sus solicitudes de pruebas.

12. El 2 de marzo de 2005 las partes presentaron alegatos de conclusión y su versión escrita se adjuntó al expediente.

13. El proceso se tramitó en dieciocho (18) audiencias, en las cuales se instaló el tribunal de arbitramento, se procuró la conciliación entre las partes, el tribunal asumió competencia y decretó las pruebas solicitadas, se practicaron las que no fueron objeto de posterior desistimiento, se decidieron varias solicitudes de las partes y se recibieron sus alegaciones finales.

14. El presente laudo se dicta en tiempo, lo cual puede apreciarse por las siguientes pautas: como la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 24 de marzo de 2003, momento a partir del cual debe contarse el término de duración del proceso, establecido en seis meses, el plazo inicial vencía el 24 de septiembre del mismo año. No obstante, a solicitud de las partes este proceso se suspendió en las siguientes oportunidades: Entre marzo 25 y abril 14 de 2004 (acta 4); entre abril 24 y mayo 3 de 2004 (acta 6); entre mayo 5 y mayo 9 de 2004 (acta 7); entre mayo 14 y mayo 25 de 2004 (acta 8); entre mayo 27 y junio 16 de 2004 (acta 9); entre junio 18 y agosto 5 de 2004 (acta 10); entre septiembre 17 y septiembre 23 de 2004 (acta 11); entre septiembre 25 y octubre 11 de 2004 (acta 12); entre octubre 13 y octubre 25 de 2004 (acta 13); entre noviembre 10 y diciembre 13 de 2004 (acta 15); entre diciembre 23 de 2004 y febrero 6 de 2005 (acta 16); y entre marzo 3 y abril 15 de 2005 (acta 17). En estas condiciones, descontadas las mencionadas suspensiones que ascendieron a un total de 279 días, el término del proceso arbitral se extiende hasta el 6 de julio de 2005 y, entonces, su proferimiento en esta ocasión es claramente oportuno.

CAPÍTULO II

Demanda y contestación

1. Pretensiones de la demanda y su contestación.

1.1. En su demanda de fecha 23 de julio de 2003 la convocante solicitó al tribunal realizar las siguientes “declaraciones y condenas:

“Primera (1ª). Declarar que la contingencia o pasivo oculto del denominado “Proyectos Inmobiliarios”, hace parte del contrato de garantía que las demandadas suscribieron con la Corporación Financiera de los Andes S.A., hoy

Corporación Financiera Colombiana S.A.

Segunda (2ª). Declarar que en caso de que llegue a hacerse efectiva a cargo de la demandante la contingencia o pasivo oculto del denominado “Proyectos Inmobiliarios”, las demandadas son llamadas a responder solidariamente ante la demandante.

Tercera (3ª). Ordenar a las demandadas hacer una provisión o reserva, según el caso, que garantice el cumplimiento de la contingencia o pasivo oculto, y como consecuencia de la declaración anterior, o de una semejante, ordenar a las demandadas que la provisión sea de por lo menos mil seiscientos millones de pesos (\$ 1.600'000.000) actualizados a la fecha más próxima al laudo, o la suma que se disponga en el laudo, y por un término no inferior a diez (10) años, o el que se disponga en el laudo.

Cuarta (4ª). Declarar que si la demandante debe hacer algún reconocimiento por concepto de la contingencia o pasivo oculto indicados en la petición primera, podrá repetir contra las demandadas.

Quinta (5ª). Se condene a las demandadas al pago de las costas”.

1.2. En su contestación a la demanda las sociedades convocadas se opusieron a las pretensiones y, además, formularon las siguientes excepciones de mérito: “Cobro de lo no debido”, “Carencia de Derecho”, “Culpa de la Demandante”, “Reclamación Exagerada”, “Compensación”, “Caducidad y Prescripción”, “Inexistencia de la obligación”, “Inexistencia de pasivo oculto o contingencia”, “Límite de la garantía”, “Falta de Jurisdicción y competencia de los árbitros”, “Publicidad”, e “Inexistencia de daño”.

2. Fundamentos de la demanda.

En su demanda Corficolombiana expuso los hechos en que funda sus pretensiones y que pueden sintetizarse así:

1. Mediante escritura pública 4034 del 29 de julio de 1994 otorgada ante el Notario 42 de Bogotá, Gonzalo Castiblanco transfirió a Constructora Akoa Ltda., hoy S.A., a título de permuta el derecho de dominio y la posesión que ejerce sobre dos inmuebles contiguos ubicados en Bogotá, así: a) el 50% sobre el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria 50N-0126220 y b) la totalidad del inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria 50N-0059596.
2. La contraprestación a cargo de Constructora Akoa Ltda. consistía en la entrega de 1.900 M² de construcción que sobre dichos inmuebles se levantaría en desarrollo del denominado “Proyecto Bussiness Center 127”, en los pisos tres y cuatro con treinta y ocho garajes.
3. El precio de la permuta fue de \$ 675.000.000.
4. “Dentro del contrato de permuta las partes expresamente renunciaron a la condición resolutoria derivada de la falta de pago de precio”.
5. “Para el cumplimiento de su obligación, Constructora Akoa Ltda. hoy S.A. tenía un plazo de 24 meses contados a partir de la iniciación de la obra”, vencidos los cuales se generaría a favor del señor Castiblanco el derecho a recibir la suma de \$ 10.000.000 mensuales hasta por un plazo máximo de 6 meses.
6. Para llevar a cabo el desarrollo inmobiliario, mediante escritura pública 6146 del 4 de noviembre de 1994 otorgada ante el Notario 18 de Bogotá, Constructora Akoa Ltda. constituyó un patrimonio autónomo con Fiduciaria Tequendama S.A.
7. Mediante documento privado del 26 de septiembre de 1996, protocolizado por escritura pública 8246 del 30 de diciembre del mismo año otorgada ante el Notario 6 de Bogotá, Constructora Akoa Ltda. cedió sus derechos y obligaciones a la sociedad Proyectos Inmobiliarios.
8. De conformidad con la escritura pública 8246 del 30 de diciembre de 1996 otorgada ante el Notario 6º de Bogotá, por instrucción de Proyectos Inmobiliarios, Fiduciaria Tequendama S.A. transfirió la propiedad fiduciaria a Fiduciaria Alianza S.A.

9. Tal y como aparece en la escritura pública antes citada, el objeto del contrato de fiducia constituido con Fiduciaria Alianza S.A. es la transferencia de los inmuebles a título de fiducia mercantil irrevocable para que sobre los mismos se desarrolle la obra por parte de Proyectos Inmobiliarios. El patrimonio autónomo así constituido se denomina “Fideicomiso ADM – BC –127”.
10. “Al final del proyecto, Fiduciaria Alianza S.A. era la encargada de transferir las unidades a los prometientes compradores, que Proyectos Inmobiliarios le indicara”.
11. “Proyectos Inmobiliarios, expresamente releva a Fiduciaria Alianza S.A. de las obligaciones de saneamiento por evicción y asume dichas obligaciones”.
12. “Se establece que la responsabilidad de Fiduciaria Alianza S.A. recae exclusivamente en la administración de los recursos que se aporten al patrimonio autónomo, y no asume responsabilidad ni por el desarrollo, ni por la construcción de la obra”.
13. Dentro de las instrucciones impartidas a Fiduciaria Alianza S.A. se encuentra la de restituir el inmueble si transcurridos 6 meses contados a partir de la suscripción del contrato o su prórroga no se han cumplido las condiciones para iniciar la obra.
14. En caso de déficit presupuestario el fideicomitente facultó a la fiduciaria para ceder los derechos representados en áreas.
15. El plazo del contrato de fiducia era de 36 meses prorrogables por una sola vez.
16. En el acta 254 de la junta directiva de Progreso del 17 de diciembre de 1997 se mencionó que Proyectos Inmobiliarios tenía una deuda con esa corporación por \$ 1.900 millones y que, en virtud de lo anterior, entregaría en dación en pago los derechos fiduciarios del “Fideicomiso ADM BC 127” y que esta debía asumir obligaciones por \$ 600 millones.
17. “Mediante comunicación del veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), Progreso Corporación Financiera informa al señor Jaime Castiblanco Cruz, apoderado del señor Gonzalo Castiblanco Cabalcante, que recibirá en dación en pago los derechos fiduciarios del fideicomiso con él suscrito”.
18. Adicionalmente, Progreso afirma en la citada comunicación que reconocerá la obligación de entregar el área de los 1.900 M² y los 38 garajes y solicita al señor Gonzalo Castiblanco que renuncie a cualquier reclamación contra ella derivada de la escritura de permuta, en especial en lo relacionado con la cláusula penal.
19. En diciembre de 1997 el señor Jaime Castiblanco Cruz manifestó que aceptaba que fuera Progreso quien realizara la entrega de los 1.900 M² y los 38 garajes.
20. El 29 de diciembre de 1997 Proyectos Inmobiliarios Ltda. “entregó a título de dación en pago a Progreso Corporación Financiera S.A. los derechos fiduciarios que le correspondían dentro del fideicomiso de administración denominado ADN-BC-127...”.
21. En el citado documento Progreso asumió la obligación de entregar a Gonzalo Castiblanco el área de construcción prometida “y en todo caso se precisó que dicha obligación sería cumplida de acuerdo con el resultado del proyecto”.
22. El 2 de enero de 1998 Progreso registró la dación en pago.
23. “Del diecinueve (19) al veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y ocho (1998) se realizó por parte de la Corporación Financiera de los Andes S.A. la inspección de los libros contables y documentos (“Due Diligence”) de Progreso Corporación Financiera S.A.”.
24. “Los estados financieros y balances que se revisaron tenían corte a diciembre de 1997”.
25. Del 26 al 30 de enero de 1998 se realizó la visita al cuarto de datos o “data room” de Progreso.

26. En la reunión de la junta directiva de Progreso del 18 de febrero de 1998 se mencionó que se habían recibido los derechos fiduciarios en dación en pago, que se asumieron obligaciones por \$ 614.000.000 y que se asumió la obligación con el señor Castiblanco.
27. El 20 de abril de 1998 se suscribió el contrato de promesa de compraventa de las acciones de Progreso a Corfiandes.
28. El 24 de julio de 1998 se suscribió el contrato de garantía a favor de Corfiandes.
29. “El treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) mediante escritura pública ocho mil ciento treinta (8130) de la Notaría Veintinueve (29) de Bogotá se protocolizó la adquisición del cien por ciento (100%) de las acciones de Progreso Corporación Financiera S.A. por parte de la Corporación Financiera de los Andes S.A., quedando la primera disuelta sin liquidarse”.
30. Durante el proceso de valoración y negociación para la compra de las acciones nunca le fue informado a Corfiandes sobre la existencia de la obligación con el señor Castiblanco.
31. La obligación con el señor Castiblanco nunca estaba registrada como obligación o contingencia en los estados financieros de Progreso.
32. El 15 de abril de 1998 Corfiandes presenta la primera reclamación a los garantes vendedores planteando los inconvenientes del inmueble y proponiendo devolverlos para recibir otros bienes por el mismo valor.
33. El 18 de febrero de 1999 los garantes contestan la reclamación concluyendo que Corfiandes contó con toda la información para tomar la decisión de recibir el bien.
34. El 25 de abril de 1999 el señor Jaime Castiblanco envió una comunicación a Corficolombiana “en la cual manifestó que acepta la dación del proyecto “Bussiness Center” pero deja en claro que no tiene intención de reclamación siempre y cuando se fije un término legal y prudencial dentro del cual se desarrolle el proyecto de construcción; adicionalmente solicitó a la Corporación Financiera Colombiana S.A. una reunión para aclarar el término en que va a dar cumplimiento al compromiso pendiente”.
35. El 30 de junio de 2000 Corficolombiana amplió la reclamación y propuso el canje del lote por otros bienes del mismo valor comercial .
36. El 5 de octubre de 2000 los garantes vendedores dieron respuesta a la anterior comunicación no encontrando fundamento alguno porque el bien se recibió por el valor justo y con pleno conocimiento de los alcances del contrato de fiducia.
37. Con carta del 20 de septiembre de 2001 Corficolombiana reiteró su reclamación y el 24 de septiembre siguiente los garantes reiteraron su posición de rechazo.
38. En los meses de enero, febrero, marzo y julio de 2003 funcionarios y asesores de Corficolombiana sostuvieron conversaciones con los señores Ricardo Castiblanco y Jaime Castiblanco, con miras a encontrar una solución a las dificultades para cumplir con la entrega del área prometida.

3. Contestación de la demanda.

En su contestación a la demanda la parte convocada se pronunció sobre los hechos expuestos, advirtiendo en la mayoría de los casos que aquellos no eran tales o que simplemente constituían interpretaciones de la convocante sobre los documentos por ella mencionados, por lo cual se remitió al contenido literal e íntegro de los mismos. No obstante, de su pronunciamiento resulta que:

1. En general reconoce la existencia del contrato de fiducia, la existencia de los demás actos jurídicos celebrados y la de las comunicaciones cruzadas.
2. Señaló que Corfiandes no se limitó a examinar los libros y documentos de Progreso entre el 19 y el 23 de enero

de 1998, porque a partir del momento en que se aceptó su oferta de compra de las acciones sus representantes participaron activamente en la gestión administrativa de esta última compañía y en desarrollo de esa gestión previa conoció en detalle los negocios de Progreso, sus estados financieros, sus inmuebles y la situación de los activos, incluyendo la cartera y los derechos fiduciarios que esta tenía en el fideicomiso ADM-BC 127.

3. Niega que los estados financieros revisados con motivo del “due diligence” hayan sido con corte a diciembre de 1997 y afirma que Corfiandes tuvo acceso a todos los estados financieros de prueba de los meses de enero a junio de 1998.

4. Advierte que la labor de debida diligencia realizada por Corfiandes tuvo un alcance más amplio que las simples visitas al cuarto de datos y que sus representantes tuvieron acceso libre a la información relacionada con el fideicomiso ADM-BC 127 y ocasión de visitar los inmuebles y de revisar los detalles del proyecto inmobiliario.

5. Indica que ni legal ni contablemente Progreso estaba obligada a registrar la obligación con el señor Castiblanco.

6. Finalmente, precisa que la reclamación de la convocante fue oportunamente rechazada por carecer de sustento fáctico y legal.

CAPÍTULO III

Pruebas practicadas

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones o excepciones, las partes aportaron varios documentos. Otros tantos fueron incorporados en virtud de los oficios librados a solicitud de las partes y por disposición oficiosa del tribunal. Igualmente, en sustitución a las inspecciones judiciales con exhibición parcial de documentos decretadas a las oficinas de la sociedad convocante, de Fiduciaria Tequendama S.A. y de Alianza Fiduciaria S.A., las partes aportaron otros documentos que fueron tenidos como prueba.

Se recibieron los testimonios de Ignacio Eduardo Copete Saldarriaga, María Isabel Ortiz Aya, José Alberto Santana Martínez, Camilo Alfonso Trujillo Gironza, Douglas Berrio Zapata, Fernando Uribe Cancino, Gloria Cecilia Velásquez Mejía, María Del Pilar Chavez Cepeda, Mario Vicente Flóres Granados, Luis Eduardo Ortiz Bojacá, José Gabriel Cano Hernández, Jaime Castiblanco Cruz y Ricardo Castiblanco Cavalcanti, así como el interrogatorio de la representante legal de Corficolombiana.

También se practicó un dictamen pericial contable, el cual fue objeto de algunas aclaraciones y complementaciones y, finalmente, objetado de manera parcial por la parte convocante.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

CAPÍTULO IV

Alegaciones de las partes

Los apoderados de las partes presentaron sus alegaciones finales en la audiencia respectiva que tuvo lugar el día 2 de marzo de 2005. En esta oportunidad la parte convocante reiteró sus pretensiones y la parte convocada los motivos por los cuales considera que aquellas no son procedentes. Ambas partes se remitieron a las pruebas practicadas dentro del proceso y expusieron los fundamentos jurídicos de sus posiciones. Al final de sus intervenciones los apoderados presentaron sendos resúmenes escritos de lo alegado.

CAPÍTULO V

Presupuestos procesales

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, o sea, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permitan proferir decisión de fondo.

En efecto, las partes o sus causahabientes suscribieron el contrato de garantía objeto de este proceso y todas ellas, como sociedades comerciales, cuya existencia y representación legal se acreditó en el proceso, son plenamente capaces y acudieron a este tribunal por intermedio de sus apoderados judiciales, quienes fueron oportunamente reconocidos.

Mediante auto 6 proferido en la primera audiencia de trámite que tuvo lugar el día 24 de marzo de 2005, el tribunal encontró que las partes eran plenamente capaces y que estaban debidamente representadas; que el tribunal había sido integrado y que se encontraba instalado; que se había efectuado la consignación oportuna de los gastos y de los honorarios; que las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y que las partes tenían capacidad para transigir; que el pacto arbitral reunía los requisitos legales y que, en consecuencia, el tribunal era competente para tramitar y decidir el litigio.

El proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas procesales previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

CAPÍTULO VI

Consideraciones del tribunal

1. Competencia del tribunal.

Además de lo expuesto en el capítulo anterior, el tribunal observa que las cuatro primeras pretensiones de la demanda corresponden a controversias que surgen por virtud del contrato de garantía o que se derivan de este y que son concernientes al mismo, independientemente de su naturaleza declarativa o de condena, lo que determina su plena competencia conforme a la cláusula décima – “resolución de controversias”, del contrato de garantía suscrito entre las partes el 24 de julio de 1998, que constituye la fuente de la jurisdicción y competencia con que procede este tribunal.

2. La supuesta indebida acumulación de pretensiones.

En el capítulo VII de su alegato de conclusión la parte convocada plantea varias consideraciones “en torno a la indebida acumulación de pretensiones”. De la lectura del mismo el tribunal advierte que en estricto rigor el demandado no formula reparos sobre la congruencia entre las distintas pretensiones, toda vez que no demuestra que las mismas sean contrarias o incompatibles entre sí.

En efecto, en relación con las pretensiones primera, segunda y cuarta, se limita a poner de presente su improcedencia, mas no su incongruencia, por cuanto en su concepto “es menester previamente haberse pronunciado sobre la existencia de un pasivo oculto o contingencia”, aspecto sobre el cual se manifestará a continuación el tribunal.

Y en relación con la tercera pretensión, el demandado no formula en rigor ninguna incongruencia con el resto de las pretensiones. Se limita a plantear la incompetencia del tribunal para conocer de la misma, razón por la cual la propone como excepción novena en el mismo alegato.

3. Interpretación de la demanda.

Antes de abordar el tema de fondo advierte el tribunal que las pretensiones de la demanda contienen una imprecisión, ya que allí se hace mención a “la contingencia o pasivo oculto del denominado ‘Proyectos Inmobiliarios’”, expresión que vista en forma descontextualizada podría llegar a calificarse como carente de relevancia.

De hecho, la parte convocada manifiesta en su alegato de conclusión que “Proyectos Inmobiliarios no es en sí mismo, una contingencia ni un pasivo oculto. En primer término ese no es más que el nombre de una sociedad que era dueña del proyecto Business Center 127, pero que ya nada tiene que ver con él desde que le entregó en dación en pago a Progreso los derechos fiduciarios que recaen sobre dicho proyecto. En segundo lugar, si a lo que se refieren las citadas pretensiones es al Proyecto Business Center 127, él no representa una contingencia ni un pasivo

oculto”.

Sin embargo, analizada la cuestión en el escenario de la litis encuentra el tribunal que, en estricto sentido, no existe una discusión sobre la existencia o inexistencia de una “contingencia” o de un “pasivo oculto” en el denominado “Proyectos Inmobiliarios” como lo sugieren las expresiones del *petitum* de la demanda, sino de una “contingencia” o de un “pasivo oculto” derivado de la asunción de la obligación de entregar a Gonzalo Castilblanco C. un “de mil novecientos metros cuadrados (1900,00 m²), área destinada a oficinas la cual será asignada en los pisos tercero (3º) y cuarto (4º) del proyecto y treinta y ocho (38) garajes” del Proyecto Business Center 127 (E.P. 4034 del 29 de julio de 1994, de la Notaría 42 del Círculo de Bogotá), asunción prevista en la oferta que suscribió Progreso el 22 de diciembre de 1997 y pactada el 29 de diciembre de 1997 como obligación de Progreso en la dación en pago de los derechos fiduciarios que a la sociedad Proyectos Inmobiliarios Ltda. le correspondían dentro del fideicomiso de administración denominado ADM-BC127 constituido con Fiduciaria Alianza S.A., lo cual es asunto mucho más preciso.

Por cierto que este es el entendimiento de la propia parte convocada cuando afirma en su alegato de conclusión que “2.4. Si existiese alguna Contingencia, ella sería la obligación pendiente de entregarle al señor Castiblanco 1900 M² de oficinas y 38 parqueaderos ...”.

Este será el mismo entendimiento del tribunal y a él recurre como consecuencia de la posibilidad que le asiste al juez para interpretar la demanda, facultad ampliamente aceptada por la jurisprudencia. Por ello el tribunal hace suyos los siguientes argumentos de la Corte Suprema de Justicia.

“... Cuando la demanda no ofrece la claridad y precisión en los hechos allí narrados como fundamento del *petitum*, o en la forma como quedaron formuladas las suplicas, tiene dicho la jurisprudencia que en tal evento, para no sacrificar el derecho sustancial, le corresponde al fallador desentrañar la pretensión contenida en tal fundamental pieza procesal. Empero, no puede el sentenciador, dentro de la facultad que tiene para interpretar la demanda y, por ende, determinar el recto sentido de la misma, moverse *ad libitum* o en forma ilimitada hasta el punto de corregir desaciertos de fondo, o de resolver sobre pretensiones no propuestas, o decidir sobre hechos no invocados. Porque en tal labor de hermenéutica no le es permitido descender hasta recrear una causa *petendi* o un *petitum*, pues de lo contrario se cercenaría el derecho de defensa de la contraparte y, por demás, el fallo resultaría incongruente”⁽¹⁾.

“Así las cosas, y teniendo en cuenta que como lo ha reiterado esta corporación ‘es deber indeclinable del juzgador, sobre todo cuando se halla frente a demandas que adolecen de imprecisión, interpretarlas para desentrañar la verdadera intención del demandante, y que en esa tarea debe tener en cuenta todo el conjunto del libelo y además, si ello fuere menester para precisar su verdadero sentido, toda las actuaciones desarrolladas no solo en el curso del proceso sino también durante la génesis del litigio...’ (Sent. jul. 19/85, G.J. CLXXX, pág. 175); se reitera, no existe el yerro que se le enrostra al tribunal, puesto que la interpretación de la demanda está de acuerdo con los antecedentes del litigio, los que lejos de ser indiferentes tienen extraordinaria relevancia jurídica en su decisión, ya que gracias a ellos se llega a la inferencia lógica y racional que la intención del demandante es evidente ...”⁽²⁾.

De manera, pues, que cuando en las pretensiones de la demanda la parte convocante haga referencia a la contingencia o pasivo oculto del denominado ‘Proyectos Inmobiliarios’ el tribunal entenderá que se refiere a una “contingencia” o un “pasivo oculto” derivados de la asunción de la obligación de entregar a Gonzalo Castilblanco C. un “de mil novecientos metros cuadrados (1900,00 m²), área destinada a oficinas la cual será asignada en los pisos tercero (3º) y cuarto (4º) del proyecto y treinta y ocho (38) garajes” del Proyecto Business Center 127 (E.P. 4034 del 29 de julio de 1994, de la Notaría 42 del Círculo de Bogotá), asunción prevista en la oferta que suscribió Progreso el 22 de diciembre de 1997 y pactada el 29 de diciembre de 1997 como obligación de Progreso en la dación en pago de los derechos fiduciarios que a la sociedad Proyectos Inmobiliarios Ltda. le correspondían dentro del fideicomiso de administración denominado ADM-BC127 constituido con Fiduciaria Alianza S.A. Esta interpretación no es indiferente sino que está conforme con los antecedentes del litigio, con el tema *probandum* y con el contrato de garantía, todo lo cual tiene extraordinaria relevancia jurídica en la decisión que ahora se adopta y que ha sido el centro de la litis.

De otra parte, considera el tribunal imprescindible hacer referencia al argumento de la parte convocada conforme al cual para abordar las pretensiones de la demanda es indispensable pronunciarse previamente “sobre la existencia

de un pasivo oculto o contingencia ... declaración (que) evidentemente no fue solicitada al tribunal”, lo que le impediría a este despachar tales pretensiones. El tribunal difiere de esta apreciación. Interpretada la primera pretensión como ha quedado expuesto para pronunciarse sobre la misma ciertamente el juez debe calificar si media una contingencia o un pasivo oculto, pero no por ello resulta imperativo que la demanda plantee este aspecto como una pretensión declarativa previa, porque según el criterio del tribunal toda pretensión contiene predicados cuya existencia debe comprobar el juez para pronunciarse sin que sea necesario que la prueba de cada predicado constituya una pretensión autónoma, previa e independiente. A manera de ejemplo entiende este panel arbitral que una pretensión está debidamente formulada cuando se solicita el pago de perjuicios derivado del incumplimiento de un contrato, sin que previamente se haya solicitado en pretensiones independientes, la declaratoria sobre la existencia del contrato, sobre la validez y sobre su eficacia.

4. Tachas a los testigos.

Los señores apoderados de las partes tacharon de sospechosos algunos testimonios, particularmente, el apoderado de la parte convocante tachó a la testigo Gloria Cecilia Velásquez Mejía, y el apoderado de la parte convocada tachó a la testigo María Isabel Ortiz.

Ambas tachas tienen fundamento en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, según el cual,

“Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a estos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba.

Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.

El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

Por su parte, el artículo 217 ibídem señala que, “Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.

A este respecto el tribunal encuentra que la alegada vinculación con las partes, que constituye el fundamento de las tachas, resulta inevitable en este litigio. María Isabel Ortiz, quien declaró ante el tribunal el 15 de abril de 2004, es contador público de profesión y jefe de auditoría financiera y de crédito de Corficolombiana y, en tal calidad, conoció y tenía que conocer los pormenores relacionados con el registro de la dación en pago que se discute en este proceso. Por su parte, Gloria Cecilia Velásquez, quien rindió testimonio ante este tribunal el 10 de mayo de 2004, es estadística matemática, con postrados en finanzas y en bolsa y, si bien está vinculada a lo que ella denominó “grupo Delima, fue vicepresidente financiero de progreso precisamente antes de la venta de las acciones a Corfiandes.

De manera que, aunque acuciosos en su exposición y de alguna manera interesados en el caso, ambos testigos fueron, desde cierto punto de vista, protagonistas de los hechos y por tanto testigos obligados para el esclarecimiento de la verdad, de manera que sus declaraciones no pueden considerarse sospechosas.

Por lo anterior el tribunal denegará la tacha formulada.

5. La obligación en cuestión.

A. Aspecto objetivo.

Para decidir el fondo de la controversia cuya definición en derecho fue sometida a este tribunal, se considera fundamental adelantar previamente un análisis detallado de los negocios jurídicos que constituyen el antecedente

de la obligación cuestionada y las relaciones jurídicas que de ellos emanan entre las distintas partes de los mismos.

1. Mediante escritura pública 4034 del 29 de julio de 1994 de la Notaría 42 de Bogotá se celebró el contrato de permuta en virtud del cual Gonzalo Castiblanco C. transfirió a Constructora Akoa Ltda., el 50% del lote 16 de la manzana K de la Urbanización La Calleja de Bogotá (el otro 50% era de propiedad de Constructora Akoa Ltda.) y el 100% del lote 17 de la manzana K de la misma Urbanización, a cambio de lo cual Constructora Akoa Ltda. acordó pagar como precio la suma de \$ 675.000.000 **“transfiriendo a el permutante Gonzalo Castiblanco Cabalcante a título de permuta un área de mil novecientos metros cuadrados (1900,00 m²), área destinada a oficinas la cual será asignada en los pisos tercero (3º) y cuarto (4º) del proyecto y treinta y ocho (38) garajes, los cuales le serán asignados a juicio de la permutante en el edificio proyecto 127, que la permutante construirá en los inmuebles objeto de este contrato...”** (resalta el tribunal). Adicionalmente, las partes renunciaron a la condición resolutoria; pactaron “término de 24 meses a partir de la iniciación de la obra para entregar escriturado el área de pago que le corresponde a el permutante” y una cláusula moratoria de \$ 10 millones mensuales “el término que se demore en entregar el inmueble por medio de cualquier acto o contrato y sin hacer efectiva la cláusula de incumplimiento y por un término de seis (6) meses más únicamente” (anexo 1 de la demanda, fls. 1 a 5 cdno. de pbas. 1).

2. Mediante escritura pública 6146 del 4 de noviembre de 1994 de la Notaría 18 de Bogotá se celebró el contrato de fiducia mercantil, en virtud del cual Constructora Akoa Ltda. transfirió los inmuebles a la Fiduciaria Tequendama **para garantía de las obligaciones crediticias del fideicomitente y/o de terceros autorizados y/o del patrimonio autónomo y/o de las que se deriven del contrato.** (resalta el tribunal). El contrato no hace referencia expresa al proyecto inmobiliario de la calle 127 (anexo 4 de la demanda, fls. 10 a 22 cdno. de pbas. 1).

3. Según consta en la escritura pública 8246 del 30 de diciembre de 1996 de la Notaría 6 de Bogotá, Constructora Akoa S.A. (antes Ltda.) cedió a Proyectos Inmobiliarios, por documento privado del 26 de septiembre de 1996, la calidad de fideicomitente que ostentaba en el negocio fiduciario celebrado con Fiduciaria Tequendama. En la escritura se hace constar que no existen obligaciones garantizadas.

En el documento de cesión del 26 de septiembre de 1996 nada se dice respecto de la obligación a favor de Castiblanco (fls. 228 a 230 del cdno. de pbas. 4, entre otros).

4. Por medio de la citada escritura 8246 del 30 de diciembre de 1996 de la Notaría 6 de Bogotá, Fiduciaria Tequendama transfiere la propiedad fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos a Fiduciaria Alianza. Adicionalmente, se da por terminado y liquidado el contrato de fiducia celebrado por escritura pública 6146 del 4 de noviembre de 1994 de la Notaría 18 de Bogotá y se conviene nuevo contrato de fiducia entre Proyectos Inmobiliarios Ltda. y Fiduciaria Alianza S.A.

El nuevo contrato de fiducia no es de garantía y su objeto “en que **Alianza mantenga la titularidad jurídica de los bienes transferidos a título de fiducia mercantil por el fideicomitente, con el propósito de permitir a este el desarrollo de un proyecto inmobiliario con el fin de que Alianza lo transfiera según las mejoras que en ellos se adelanten, a las personas que el gerente indique a Alianza** de conformidad con el contrato que para el efecto se celebre y de conformidad con las instrucciones que se establecen más adelante” (resalta el tribunal). El proyecto inmobiliario se identifica como proyecto ADM-BC 127 y se denomina en el contrato “Bisnes(sic) Center”, al cual se refiere el capítulo quinto del mismo (anexo 5 de la demanda, fls. 23 a 45 cdno. de pbas. 1).

En dicho contrato de fiducia con la Fiduciaria Alianza S.A., Proyectos Inmobiliarios Ltda., además de su calidad de fideicomitente, ostenta la calidad de beneficiario, gerente y constructor.

En el contrato se estipularon cláusulas relacionadas con la conformación del fideicomiso, el proyecto de construcción, las instrucciones a la fiduciaria para el desarrollo del objeto del contrato, los derechos del beneficiario, los derechos y obligaciones de cada una de las partes (fideicomitente y fiduciario), las funciones de los órganos de operación (gerente e interventor), la remuneración de la fiduciaria, la duración del contrato (36 meses) y las normas sobre la terminación del contrato y la liquidación del patrimonio autónomo. Adicionalmente **se estipuló cláusula compromisoria** para dirimir mediante arbitraje las diferencias que pudieran surgir entre las partes en razón del contrato de fiducia durante su ejecución, su terminación, interpretación o liquidación.

En cuanto al proyecto de construcción, el fideicomitente en el contrato de fiducia, es decir, Proyectos Inmobiliarios Ltda., “hace expresa su intención de llevar a cabo sobre le (sic) predio del patrimonio autónomo, un proyecto inmobiliario de los denominados a precio fijo consistente en: proyecto de oficinas denominado Bisness(sic) Center 127 consta de seis (6) pisos y altillo con un área total de oficinas de 6.619 M² y 891 M² para locales, 3 sótanos con 203 parqueaderos y 300 líneas telefónicas”. Para el desarrollo del proyecto se estableció que se llevaría a cabo en dos etapas, la etapa previa y la etapa de ejecución, y se pactaron algunas reglas para dicho desarrollo, los derechos y obligaciones de las partes, así como las funciones de los órganos previstos en el contrato para el desarrollo del proyecto.

5. Casi un (1) año después de la vigencia del nuevo contrato de fiducia, la junta directiva de Progreso, en reunión celebrada el 17 de diciembre de 1997, como consta en el acta N° 254 (anexo 6 de la demanda, fls. 46 a 55 cdno. de pbas. 1), se refirió a la situación de la sociedad Proyectos Inmobiliarios, así:

“3 Proyectos inmobiliarios

El presidente informó que esta sociedad tiene obligaciones por valor de \$ 1.900 millones los cuales no están (sic) en condiciones de pagar. En su defecto están ofreciendo entregar en dación en pago, derechos fiduciarios de un proyecto inmobiliario denominado ADM-BC 127 ubicado en la calle 127 con carrera 18 de Bogotá. Agregó que en el caso de recibir dicha dación en pago, la corporación debe asumir algunas de las obligaciones que actualmente tiene el proyecto por valor de \$ 600 millones aproximadamente.

Igualmente solicitó autorización para transformar el fideicomiso, de tal manera que sea sujeto de crédito y de inversión por parte de la corporación.

La junta directiva por unanimidad autorizó recibir la dación en pago de los derechos fiduciarios propuesta y dio amplias facultades al presidente para estableces (sic) los términos de la negociación”.

6. En desarrollo de lo anterior, Progreso le remite a Jaime Castiblanco Cruz la carta del 22 de diciembre de 1997 (anexo 7, fls. 56 y 57 cdno. de pbas. 1), en la que le reitera la oferta que le hizo en reunión del 17 de diciembre de 1997, acerca del desarrollo del proyecto denominado Bussiness Center 127, en los siguientes términos:

1. Progreso Corporación Financiera S.A. recibirá en dación en pago de la sociedad Proyectos Inmobiliarios Ltda., la totalidad de los derechos fiduciarios del fideicomiso ADM-BC 127, constituido con Fiduciaria Alianza S.A. mediante escritura pública 8246, del 30 de diciembre de 1996, de la Notaría Sexta de Bogotá, conformado con los inmuebles identificados con la matrícula inmobiliaria 50N-59596 y 50N-126220. **Mediante este fideicomiso se va a desarrollar el proyecto denominado Bussiness Center 127”** (resalta el tribunal).

2. Progreso Corporación Financiera S.A. reconocerá la obligación que consta en la cláusula sexta de la escritura pública de permuta 4034 del 29 de julio de 1994 de la Notaría 12 de Bogotá, de entregar a Gonzalo Castiblanco Calbacante, un área de mil novecientos metros cuadrados (1.900 m²) y 38 garajes en el proyecto Bussiness Center 127 en (sic), **una vez este sea construido”** (resalta el tribunal).

3. Gonzalo Castiblanco Cabalcante renunciará a cualquier reclamación contra Progreso Corporación Financiera S.A., derivada de la escritura de permuta mencionada en el numeral anterior, especialmente la contenida en la cláusula séptima de la misma.

4. Gonzalo Castiblanco Cabalcante revocará el mandato otorgado a Constructora Akoa Ltda. por la escritura mencionada en el numeral segundo de este documento”.

En la oferta se dijo: “La presente oferta se condiciona a que efectivamente se lleve a cabo la dación en pago de los derechos fiduciarios mencionada”.

Nótese que esta condición no es ni puede ser predicable de la oferta de recibir en dación en pago los derechos fiduciarios, a que se refiere el numeral 1°, toda vez que sería condicionar el recibo de la dación al cumplimiento de la dación.

7. En respuesta a la carta anterior, Jaime Castiblanco Cruz, mediante comunicación del 30 de diciembre de 1997 (anexo 8, fls. 58 y 59 cdno. de pbas. 1), le manifiesta a Progreso, en nombre y representación de Gonzalo Castiblanco C, lo siguiente:

— “...que podemos proceder para que **reciban en dación en pago de la sociedad fiduciaria que tiene los derechos del fideicomiso inmobiliario denominado ADM-BC-127 constituido con Fiduciaria Alianza S.A.**; y conformado con los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias 050-0059596 y 050-0126220, sobre los cuales se debe efectivamente desarrollar el proyecto denominado Bussiness Center 127 (resalta el tribunal).

— en cuanto al punto segundo de su proposición le expreso que me encuentro de acuerdo con usted, **haciendo solo una salvedad en lo tocante a los pisos tercero y cuarto (3° y 4°) en los cuales debe hacerse la entrega del área de los mil novecientos metros cuadrados (1.900 m²), es decir, que se haga taxativamente tal cual como está contemplado en la cláusula sexta de la escritura de permuta 4034 del 29 de julio de 1994 de la Notaría 42 de Bogotá, lo mismo en los garajes conforme se indica en el mismo instrumento público** (resalta el tribunal).

— en lo tocante con los puntos 3 y 4 de su proposición, creo que no habría ningún inconveniente en renunciar a alguna reclamación, siempre y cuando se fije un término prudencial y legal, dentro del cual se desarrolle el programa de construcción y se proceda a la entrega del área correspondiente, no daría lugar a exigencia de pago alguno por mora en lo pactado conforme a lo fijado en la cláusula séptima de la citada escritura.

— ...en cuanto al mandato otorgado por mi hijo a Constructora Akoa Ltda., se procedería de plano y en forma inmediata a revocarlo para su entera satisfacción”.

Termina la carta diciendo: “En los anteriores términos doy respuesta a su comunicado, **esperando me concedan la razón en el punto discrepante y consideren así mi aceptación expresa a su petición**” (resalta el tribunal).

8. Mediante documento del 29 de diciembre de 1997, Proyectos Inmobiliarios Ltda. y Progreso celebran el acuerdo en virtud del cual el primero declara que tiene obligaciones a esa fecha a favor de la Corporación por valor de \$ 1.951.615.783; que es fideicomitente del fideicomiso de administración denominado ADM-BC127, celebrado con Fiduciaria Alianza S.A. mediante escritura pública 8246 del 30 de diciembre de 1996 de la Notaría Sexta de Bogotá, a través del cual se va a desarrollar el proyecto “Bussines Center 127”; que como pago de dichas obligaciones las partes acuerdan que Proyectos Inmobiliarios Ltda. (tradente) “a la corporación a título de dación en pago la totalidad de los derechos fiduciarios que son de su propiedad (...), así como la licencia de construcción, el diseño arquitectónico, el estructural, el de pilotaje, el estudio de suelos y los planos de cimentación del proyecto Bussines Center 127”; que el valor de los bienes objeto de la dación en pago, “propiedad se transfiere a la corporación por medio de este contrato a título de dación en pago...” es de \$ 1.951.615.783; que en virtud de la dación en pago, Proyectos Inmobiliarios Ltda. “a todo interés jurídico y económico derivado de los derechos fiduciarios que se ceden del fideicomiso ADM-BC127, así como del proyecto Bussines Center 127 y, en consecuencia, manifiesta que conoce y acepta que todos los derechos y obligaciones derivados de los mismos quedan en cabeza de Progreso Corporación Financiera S.A.”; “no ha celebrado promesas de compraventa o algún otro acto de disposición o compromiso sobre los derechos fiduciarios mencionados, ni sobre las unidades inmobiliarias resultantes del desarrollo del proyecto Bussines Center 127, salvo los que se mencionan en la cláusula séptima...”, uno de los cuales, según esta última cláusula, se relaciona con la obligación a favor de Gonzalo Castiblanco Calbacante, expresada en los siguientes términos:

“1. Obligación de entregar a Gonzalo Castiblanco Calbacante, un **área de mil novecientos metros cuadrados (1.900 m²) en los pisos 3 y 4 del proyecto y 38 garajes en el proyecto Bussines Center 127, una vez este sea construido. Esta obligación consta en la cláusula sexta de la escritura pública 4034 del 29 de julio de 1994, de la Notaría 42 de Bogotá. Esta obligación será asumida por la corporación y se cumplirá de acuerdo con el resultado del proyecto, salvo por la cláusula penal establecida en la cláusula séptima de la escritura referida, la cual será asumida por el tradente hasta que sea liberado de la misma por Gonzalo Castiblanco Calbacante.** Parágrafo. Por este documento el tradente renuncia al mandato conferido en la cláusula octava de la misma escritura” (resaltado el tribunal).

En relación con el fideicomiso, en el parágrafo de la misma cláusula séptima del documento del 29 de diciembre

de 1997 se acordó lo siguiente:

“El fideicomiso de administración ADM-BC 127, será transformado en fideicomiso inmobiliario y para el efecto celebrará el contrato de modificación correspondiente con Fiduciaria Alianza S.A.

En cuanto a la vigencia del acuerdo del 29 de diciembre de 1997, se convino en la cláusula décima octava que “los términos para la ejecución del presente contrato, se empezarán a contar a partir del 2 de enero de 1998”.

9. En criterio del tribunal el acuerdo celebrado el 29 de diciembre de 1997 quedó sometido en cuanto a su ejecución, a un plazo suspensivo, hasta el día 2 de enero de 1998, lo que significa que desde esa fecha debía ejecutarse la dación.

10. Progreso registró el 2 de enero de 1998, en sus libros de contabilidad, la transferencia de los derechos fiduciarios objeto de la dación en pago acordada el 29 de diciembre de 1997 (fls. 30 y 56 del cdno. de pbas. 3, entre otros).

11. En la contabilidad del fideicomiso, Fiduciaria Alianza S.A. registra el cambio de fideicomitente el 2 de enero de 1998 (fl. 004 del cdno. de pbas. 6).

12. Como consecuencia de la transferencia de los derechos fiduciarios, a título de dación en pago, Progreso, además de adquirir la calidad de fideicomitente en el contrato de fiducia mercantil celebrado con Fiduciaria Alianza S.A. mediante escritura pública 8246 del 30 de diciembre de 1996 de la Notaría 6 de Bogotá, adquiere también la calidad de beneficiario, como se estipuló expresamente en el acuerdo de dación en pago. Al sustituir a Proyectos Inmobiliarios Ltda. en las relaciones derivadas del contrato de fiducia mercantil, Progreso asumió igualmente las funciones de gerente y de constructor del proyecto previstas en el mismo contrato.

13. El tema de la dación en pago se volvió a tratar en la reunión de la junta directiva de Progreso del 18 de febrero de 1998, como consta en el acta 256 (anexo 13 de la demanda, fls. 138 a 142 cdno. de pbas. 1), en la que se lee lo siguiente:

“4. Proyecto ADM-BC-127.

En relación con la dación en pago del Proyecto ADM-BC-127, que se recibió de la sociedad Proyectos Inmobiliarios Ltda. y que se comentó en la reunión de junta en diciembre, el presidente precisó que se asumieron obligaciones del proyecto por valor de \$ 614.0 millones y adicionalmente, una obligación de entregar al señor Gonzalo Castiblanco, aportante del lote del proyecto, 1.900 m² de oficinas y 38 garajes, una vez este se construya”.

14. Posteriormente, el señor Jaime Castiblanco, en carta del 25 de abril de 1999, dirigida a Corficolombiana, le manifiesta lo siguiente:

“El 22 de diciembre de 1998 (sic) fui cuestionado por progreso Corporación Financiera S.A. para que manifestara por escrito si estaba de acuerdo en que el proyecto de construcción denominada “Bussiness Center 127” pudiera ser entregado en dación en pago a esa institución. Una vez tuvieron mi aceptación, procedieron a formalizar el negocio.

En la carta de aceptación de fecha 30 de diciembre de 1998 (sic) dejé en claro que no tenía intención de reclamación alguna a la cláusula 7ª de la escritura pública de permuta 4034 del 29 de julio de 1994, siempre y cuando se fijara un término prudencial y legal dentro del cual se desarrollara el programa de construcción y se procediera a la entrega del área correspondiente.

Entendemos que en el último año se han producido múltiples fusiones y adhesiones en el sistema financiero colombiano y que Progreso Corporación Financiera S.A. no escapó a ese fenómeno, pero igualmente considero que estamos en mora de reunirnos y aclarar el término en que se va a dar cumplimiento al compromiso pendiente”.

B. Consideraciones del tribunal.

El tribunal ha considerado útil hacer el anterior recuento de los hechos porque permite apreciar de mejor manera la evolución del negocio del cual podría derivarse el pasivo oculto o la contingencia que se debate en este arbitramento y derivar conclusiones que servirán para definir los aspectos centrales del presente proceso.

En efecto, por virtud de lo pactado en la escritura pública 4034 del 29 de julio de 1994 de la Notaría 42 de Bogotá, es claro que Constructora Akoa Ltda. se obligó a pagar el precio de los inmuebles negociados por valor de \$ 675 millones, transfiriendo a Gonzalo Castiblanco C. el área acordada en el edificio proyecto 127, que la misma sociedad se obligó a construir en los inmuebles objeto del contrato. Para darle firmeza a la negociación, las partes renunciaron expresamente a la condición resolutoria derivada de la forma de pago, sin perjuicio del plazo que se estipuló para el cumplimiento de la obligación y de la sanción pactada en caso de mora.

Constructora Akoa Ltda., como propietaria de los inmuebles, los transfirió a título de fiducia mercantil a Fiduciaria Tequendama S.A., con la finalidad de que sirvieran de garantía de las obligaciones crediticias del fideicomitente y/o de terceros autorizados y/o del patrimonio autónomo y/o de las que se deriven del contrato de fiducia.

A pesar de que en este contrato de fiducia no se hace referencia al edificio proyecto 127, llamado después “Bisness Center 127” y luego “Bussiness Center 127”, parecería obvio que las garantías que se otorgaran no habrían podido recaer sobre el área del edificio que Constructora Akoa Ltda se había obligado a entregar a Gonzalo Castiblanco C., ni tampoco la obligación a su favor derivada del contrato de permuta habría podido considerarse como obligación garantizada debido a que el objeto de la fiducia consistía en garantizar obligaciones crediticias y/o de las que se deriven del mismo contrato de fiducia.

Independiente de la anterior consideración, Constructora Akoa Ltda. cedió sus derechos fiduciarios y su calidad de fideicomitente, derivados del citado contrato de fiducia de garantía, a Proyectos Inmobiliarios Ltda., mediante documento privado del 26 de septiembre de 1996. En este documento de cesión nada se dijo o previó respecto de la obligación a favor de Gonzalo Castiblanco C. No consta que la cesión haya sido aceptada por este, ni que se le haya notificado, lo cual no constituye una omisión y se explica porque no era parte del contrato de fiducia.

Lo anterior no significa que la obligación a favor de Gonzalo Castiblanco C derivada del contrato de permuta se haya extinguido por esa circunstancia, ni por hechos que posteriormente tuvieron ocurrencia, como la transferencia de la propiedad fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos de Fiduciaria Tequendama S.A. a Fiduciaria Alianza S.A.; la terminación y liquidación del contrato de fiducia de garantía con Fiduciaria Tequendama S.A.; y la celebración del contrato de fiducia de administración entre Proyectos Inmobiliarios Ltda y Fiduciaria Alianza S.A., en el cual, según vimos, el fideicomitente expresa su intención de llevar a cabo sobre los inmuebles fideicomitidos el proyecto inmobiliario “Bisness Center 127”.

En este contrato de fiducia de administración, no se manifiesta de manera expresa la obligación a favor de Gonzalo Castiblanco C. derivada del contrato de permuta, pero su reconocimiento por parte de Proyectos Inmobiliarios Ltda. es indiscutible, como consta en el acuerdo que celebró con Progreso el 29 de diciembre de 1997, al advertirle sobre el citado compromiso, y que Progreso asumió en los términos estipulados en el numeral 1° de la cláusula séptima del mencionado acuerdo, y en su relación con Gonzalo Castiblanco C., en la forma como dan cuenta las cartas cruzadas de los días 22 y 30 de diciembre de 1997.

En cuanto a estas últimas cartas cruzadas, se advierte lo siguiente:

a) Que el representante de Gonzalo Castiblanco C. aceptó que Progreso recibiera en dación en pago los derechos fiduciarios del fideicomiso ADM-BC 127 constituido con Fiduciaria Alianza S.A., aunque entiende que la dación la debía hacer la sociedad fiduciaria y no la sociedad Proyectos Inmobiliarios Ltda. Advierte el tribunal que Progreso no requería de la autorización o aceptación de Castiblanco C. para recibir en dación en pago los derechos fiduciarios derivados del contrato de fiducia porque este no era parte del mismo contrato. Por otro lado, la apreciación de Castiblanco, según la cual la dación la debía hacer la sociedad fiduciaria, era equivocada, como quiera que el objeto de la dación eran los derechos fiduciarios de los cuales era titular Proyectos Inmobiliarios Ltda., por lo cual era esta compañía la que válidamente podía llevar a cabo la referida dación.

b) Que la obligación personal que ofreció asumir Progreso fue aceptada puntualmente por el representante de

Gonzalo Castiblanco C, con la salvedad o discrepancia, “lo tocante a los pisos tercero (3°) y cuarto (4°) en los cuales debe hacerse la entrega de los mil novecientos metros cuadrados (1.900 m²)...”, porque en la oferta no se hizo referencia expresa a esa circunstancia, ni a los garajes. Por esa razón, entiende el tribunal, exigió que la obligación se cumpliera “...taxativamente tal cual como está contemplado en la cláusula sexta de la escritura de permuta 4034 del 29 de julio de 1994 de la Notaría 42 de Bogotá, lo mismo que los garajes conforme se indica en el mismo instrumento”.

A juicio del tribunal esta salvedad o discrepancia es tan solo aparente en la medida que en la oferta de la corporación se hizo referencia expresa a la obligación que consta en la cláusula sexta de la escritura pública de permuta, en la que expresamente se preveía que Gonzalo Castiblanco Cabalcante recibiría a título de permuta “área de mil novecientos metros cuadrados (1900,00 m²), área destinada a oficinas la cual será asignada en los pisos tercero (3°) y cuarto (4°) del proyecto y treinta y ocho (38) garajes [...] en el edificio proyecto 127”.

c) Que el representante de Castiblanco C. no renunció a cualquier reclamación contra la corporación derivada de la escritura de permuta, pero manifestó su disposición de hacerlo siempre que se fijara un término prudencial y legal para el desarrollo del programa de construcción y la entrega del área correspondiente. Este punto es relevante en sentir del panel arbitral, porque la corporación ofreció cumplir la obligación de entregar el área respectiva, una vez esté construido el edificio, sin señalar plazo o término para el cumplimiento, y

d) Que expresa sin reservas su disposición de revocar inmediatamente el mandato otorgado a Constructora Akoa Ltda. en el contrato de permuta.

Es importante destacar que la obligación que Progreso ofreció asumir a favor de Gonzalo Castiblanco C. se condicionó a que efectivamente se llevara a cabo la dación en pago de los derechos fiduciarios mencionada, lo cual significa que si dicha dación efectivamente se llevó a cabo el 2 de enero de 1998, en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula décima octava del acuerdo celebrado con Proyectos Inmobiliarios Ltda. el 29 de diciembre de 1997, la condición suspensiva a la que quedó sujeta la asunción por parte de Progreso de la obligación a favor de Gonzalo Castiblanco C., según su carta de oferta del 22 de diciembre de 1997, se cumplió el mismo 2 de enero de 1998.

El análisis sobre el acuerdo del 29 de diciembre de 1997 entre Proyectos Inmobiliarios Ltda. y Progreso, en el que se convino la dación en pago de los derechos fiduciarios, difiere del anterior, si se tiene en cuenta que dicho acuerdo no quedó sujeto al cumplimiento de condición alguna. El acuerdo se celebró, existió y es válido desde el 29 de diciembre de 1997, solo que las partes convinieron someter su ejecución a la llegada de una fecha, es decir, de un hecho futuro y cierto, además de próximo, como quiera que indefectiblemente el plazo debía cumplirse al cuarto día de la celebración del acuerdo.

En otras palabras, el acuerdo del 29 de diciembre de 1997 relacionado con la dación en pago debía ejecutarse o llevarse a cabo el 2 de enero de 1998, fecha en que también se cumplió la condición a la que se sujetó la asunción por parte de Progreso de la obligación a favor de Gonzalo Castiblanco C. a que se refiere la cláusula sexta del contrato de permuta contenido en la escritura pública 4034 tantas veces citada; obligación que, según la oferta formulada debía cumplirse una vez construido el proyecto “Business Center 127” que debía desarrollarse mediante el fideicomiso ADM-BC 127 constituido con Fiduciaria Alianza S.A., sin que en la dación o en la oferta de asunción se hubiese establecido o pactado un plazo para llevar a cabo dicha construcción, como lo ha anotado permanentemente el señor Castiblanco. Corrobora esta apreciación el acta 256 del 18 de febrero de 1998 de la junta directiva de Progreso (anexo 13 de la demanda, fls. 138 a 142 cdno. de pbs. 1) y la carta del 22 de abril de 1999 dirigida a Corficolombiana por Jaime Castiblanco (anexo 21 de la demanda, fl. 262 cdno. de pbs. 1).

No corresponde a este tribunal, por escapar a su competencia, pronunciarse acerca de la naturaleza y el alcance jurídico de la oferta de Progreso de asumir la obligación en comento a favor de Castiblanco C. y de su aceptación por parte del apoderado de este. Si corresponde a una novación el deudor primigenio quedó liberado de la misma; por el contrario si corresponde a una simple asunción de obligación por parte de Progreso, esta corporación sería responsable solidaria o subsidiariamente de la obligación a cargo del primitivo deudor.

En efecto, al tenor del artículo 1.687 del Código Civil “La novación es la sustitución de una nueva obligación a

otra anterior, la cual queda por tanto extinguida”, al paso que la “asunción” de una deuda es una figura que nace de la denominada “delegación imperfecta”, que se tipifica por oposición a la denominada “delegación perfecta o novatoria”, que ocurre cuando el acreedor libera al deudor primitivo por cambio de deudor (C.C., art. 1690).

Recordemos entonces que, como lo enseña Claro Solar, “...la novación es la transfusión y translación de la primitiva deuda en otra obligación... esto es cuando... se constituye una nueva obligación para extinguir la primera...”⁽³⁾.

De conformidad con el artículo 1690 de nuestro Código Civil y tal y como ampliamente se reconoce en la doctrina, la novación puede ocurrir por sustitución del objeto de la obligación, en cuyo caso se denomina “real”, o por el reemplazo del acreedor o del deudor o de ambos, hipótesis estas a las que se denomina “subjetivas”.

Concentrándonos en la variedad que nos ocupa, esto es, en la de sustitución del deudor manteniendo incólume la identidad del acreedor y la naturaleza de la prestación, resulta ilustrativa la opinión del profesor Ospina Fernández acerca de las diferencias entre la novación y la simple asunción de deudas:

“... la novación por cambio de deudor requiere siempre el consentimiento del acreedor y el del nuevo deudor, no así el del deudor primitivo, quien puede prestarlo o no. Si lo presta se configura un acto tripartita, la delegación, en el cual el deudor primitivo es el delegante, el nuevo deudor es el delegado, y el acreedor es el delegatario (art. 1690, inc. final). Esta figura se llama delegación perfecta o novatoria cuando el acreedor libera al deudor primitivo. De no ser así esto último, la delegación es imperfecta y no hay novación. **Y si el deudor primitivo no presta su consentimiento al acto celebrado entre el acreedor y el nuevo deudor que asume la deuda, solamente habrá novación cuando el acreedor libera a su antiguo deudor. En caso contrario, o sea cuando el acreedor no libera a su deudor no hay novación, sino asunción por un tercero de la obligación a cargo del deudor primitivo, figura que, según la intención, constituye al tercero en codeudor o fiador de dicho deudor primitivo**”⁽⁴⁾ (resaltado fuera de texto).

Ese mismo fenómeno lo explica Don Luis Claro Solar en relación con el Código Civil Chileno afirmando que lo que la ley ha querido al requerir la aceptación del acreedor es “haya constancia inequívoca de que esa es la voluntad del acreedor, ya que de él únicamente depende renunciar a un acreedor y tomar otro en su reemplazo...”⁽⁵⁾.

Al profundizar sobre los efectos de lo que acontece en la situación jurídica descrita, el tratadista chileno afirma:

“... según el artículo 1635 no hay novación cuando el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. Pero la delegación realizada da nacimiento a una segunda obligación que se agrega a la primitiva y mediante la cual el delegado figurará como diputado por el deudor para el pago, o accediera a la obligación existente como codeudor directo o subsidiario según los casos...”

... Esta combinación es, en todo caso, ventajosa para el acreedor, parecida a la que le procuraría una fianza, aunque el delegado no se obligue en realidad como fiador: el acreedor tiene en lo sucesivo dos deudores cada uno de los cuales es obligado a la totalidad de la deuda, pudiendo perseguir en primer lugar, sea al delegado, sea al delegante, salvo que el delegado aparezca como fiador del tenedor o espíritu del acto...”⁽⁶⁾.

En concordancia con la doctrina precitada, nuestro legislador establece en el artículo 1694 del Código Civil lo siguiente:

“ART. 1694.—La sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto”.

Debe aclararse, no obstante, que si bien el deudor inicial no queda liberado de la obligación dentro de la “delegación imperfecta”, ello no obsta para que el pago efectuado por el nuevo deudor sea considerado como válido al tenor de lo dispuesto por el artículo 1630 Código Civil.

Por lo que al análisis del presente arbitraje corresponde, baste con advertir entonces que se trate de una novación o

de una “delegación imperfecta”, evento en el cual del contexto de los documentos analizados solamente podría entenderse que Progreso pagaría la obligación como resultado de adquirir la calidad de fideicomitente y beneficiario del fideicomiso ADM-BC 127, mas no como diputado para el pago del deudor de la obligación con Gonzalo Castiblanco C., lo cierto es que existe a cargo de Progreso, hoy a cargo de Corficolombiana, bien sea como deudora principal o como deudora solidaria o subsidiaria, según se trate, “ la obligación que consta en la cláusula sexta de la escritura pública de permuta 4034 del 29 de julio de 1994 de la Notaría 12 de Bogotá, de entregar a Gonzalo Castiblanco Calbacante, un área de mil novecientos metros cuadrados (1.900 m²) y 38 garajes en el proyecto Bussiness Center 127 en (sic), una vez este sea construido”.

Por lo que resta ahora entrar a analizar si dicha obligación constituye un pasivo oculto o una contingencia en los términos del contrato de garantía que vincula a las partes del presente proceso arbitral.

6. El contrato de garantía.

Las partes trabadas en esta litis formalizaron su consentimiento y lo documentaron de manera amplia y precisa en dos negocios jurídicos con ocasión de la venta del cien por ciento (100%) de las acciones de Progreso, a saber:

(i) la denominada “promesa de compraventa de acciones de la sociedad progreso corporación financiera establecimiento de crédito”, de fecha 20 de abril de 1998, y

(ii) el contrato accesorio a aquel denominado “contrato de garantía a favor de la Corporación Financiera de Los Andes S.A. de la compraventa de acciones de la sociedad Progreso Corporación Financiera S.A.”, calendado el 24 de julio de 1998, fecha en la que así mismo se transfirió a favor de la Corporación Financiera de Los Andes S.A, a título de venta, las acciones de Progreso.

Dichos contratos son la ley que rige el acuerdo de voluntades entre las partes de este proceso arbitral (C.Co., art. 4º y C.C., art. 1602). El primero, la promesa de compraventa, constituye el contrato principal. El segundo, el contrato de garantía, constituye un contrato accesorio de aquel y a sus dictados habrá de estarse el tribunal para dirimir la controversia que se ha sometido a su decisión. Por ello es menester identificar en detalle su contenido y desentrañar su alcance.

A. Promesa de compraventa de acciones de progreso.

Este contrato, fechado el 20 de abril de 1998, se estructura bajo los modelos anglosajones a los que la práctica negocial se ha acogido en los últimos tiempos para esta clase de negocios.

Tipificado como una promesa de contrato de compraventa, el mismo determina los elementos esenciales del negocio traslativo de dominio, al igual que los elementos de la naturaleza y los accidentales del negocio, cuyo perfeccionamiento se sometió al plazo previsto en el parágrafo quinto de la cláusula tercera. Allí se dispuso que la fecha para la transferencia de las acciones sería el 20 de mayo de 1998 a las 11 a.m. en la Notaría 29 del Círculo Notarial de Bogotá y que si para entonces aún no se había obtenido la autorización de la (*) Superintendencia Bancaria para la adquisición de las acciones “este plazo se prorrogara (sic) automáticamente hasta el 17 de julio de 1998, a la misma hora y en la misma notaría”.

Consta en los antecedentes que la autorización de la (*) Superintendencia Bancaria fue otorgada el 15 de julio de 1998. No obstante, el cierre del negocio se efectuó tan solo hasta el 24 de julio del mismo año, sin que conste una prórroga escrita para el perfeccionamiento del negocio en esta última fecha. Sin embargo la voluntad inequívoca de las partes, expuesta a lo largo de todo el proceso, sin reparo por ninguna de ellas, le permite al tribunal concluir que el contrato que finalmente se llevó a cabo se ejecutó con base en la promesa suscrita el 20 de abril de 1998.

El contrato en cuestión (i) identifica plenamente a las partes; (ii) define el objeto de la compraventa, integrado por 13.576.135 acciones ordinarias de progreso (en adelante las acciones), esto es el cien por ciento (100%) de las acciones en circulación de dicho establecimiento de crédito (cláusula segunda) y (iii) establece el precio de las acciones, acordado en la suma de treinta y cuatro mil ochocientos millones de pesos (\$ 34.800.000.000).

Se convino complementariamente (parágrafo segundo, cláusula tercera) que los promitentes vendedores se

comprometían a comprar a Corfiandes en la misma fecha del cierre de la venta de las acciones, “inversiones negociables y no negociables de venta variable registradas en Progreso, por un monto total de treinta y un mil doscientos millones setecientos veintinueve mil setecientos trece pesos (\$ 31.200.729.713), los derechos fiduciarios por un monto de dos mil quinientos noventa y cuatro millones quinientos veinticuatro mil ciento ochenta y siete pesos (\$ 2.594.524.187) y bienes recibidos en pago por un monto de doce mil millones de pesos (\$ 12.000.000.000), indicados en los anexos 1 y 2, por los valores registrados contablemente al 31 de diciembre de 1997 los dos primeros y por los valores registrados en el balance del mes inmediatamente anterior a la fecha de la transferencia, los últimos, en los términos y condiciones que más adelante se indican”.

Teniendo en cuenta la dinámica del negocio bancario y, por su puesto, la posibilidad de que entre el 31 de diciembre de 1997 y la fecha de cierre del negocio se vendieran inversiones de Progreso o esta corporación recibiera daciones en pago para extinguir obligaciones a cargo de sus deudores, en forma por demás previsiva se contempló lo siguiente:

“Si entre el 31 de diciembre de 1997 y la fecha de transferencia de las acciones de Progreso, esta entidad ha vendido alguna inversión relacionada en el anexo 2, la utilidad o pérdida será a cargo de los promitentes vendedores, exonerando el compromiso de vender este activo previo los ajustes que se han convenido en el párrafo anterior. Si entre estas fechas Progreso recibe bienes en pago, podrá hacerlo previa autorización de el promitente comprador y estos estarán sujetos al compromiso de venta a los promitentes vendedores en la medida que el promitente comprador prefiera su venta a los relacionados en el anexo 1” (se resalta).

En la cláusula cuarta se pactó el “auditage de los estados financieros y entrega de la compañía”, proceso denominado de “Due Diligence”, que debería llevarse a cabo a partir de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de transferencia de las acciones, en los términos allí previstos. Como dicho trabajo de auditoría, contratado con la firma Ernst And Young, se efectuaría con posterioridad a la celebración del contrato, el mismo no tenía por propósito contribuir a determinar el precio de la operación, como acontece cuando el “due diligence” se lleva a cabo ex ante; en tales condiciones, se previó que si como resultado del mismo se determinaba “que hubo un deterioro, deterioro que no se refiere al resultante del normal manejo del negocio o pérdidas que se produzcan con ocasión de ese mismo manejo, del patrimonio de Progreso en el período objeto de análisis superior a los seiscientos cincuenta millones de pesos (\$ 650.000.000), los promitentes vendedores de las acciones de Progreso, que sean personas jurídicas estarán obligados a pagar el valor faltante, de manera solidaria a EL promitente comprador dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación y sustentación ante Progreso del informe final de la sociedad auditora...”.

La Promesa estaba sometida a una condición resolutoria consistente en que no se obtuviera, antes del 20 de mayo de 1998 o a más tardar el 17 de julio de 1998, la autorización de la (*) Superintendencia Bancaria para llevar a cabo la adquisición de las acciones por parte de Corfiandes, condición esta que resultó fallida, dado que la Superintendencia autorizó a esta corporación para adquirir el cien por ciento de las acciones de Progreso el día 15 de julio de 1998.

La cláusula décima primera del contrato de promesa contempló las “declaraciones y certificaciones de los promitentes vendedores de Progreso”, al paso que la cláusula décima segunda desarrolló las “declaraciones y certificaciones de el promitente comprador”. Estas disposiciones corresponden en el contrato anglosajón a las denominadas cláusulas de “Representations and warranties”, de particular importancia en el contrato escrito americano ya que en tales casos se aplica la regla de “Parol Evidence Rule”, que consiste en la prevalencia del documento escrito, dada su confiabilidad respecto del testimonio oral y que se justifica en la premisa de que, normalmente, lo que buscan las partes con el escrito es establecer un relato completo y exclusivo de los derechos y obligaciones creados en su propio acuerdo⁽⁷⁾. La evidencia escrita es tan importante que el Uniform Commercial Code de Estados Unidos, dispone que los acuerdos orales posteriores al contrato no tienen ningún tipo de fuerza vinculante con relación al acuerdo escrito y firmado entre las partes⁽⁸⁾.

Estas cláusulas tienen contenidos y efectos jurídicos precisos. Los “Representations” corresponden a las afirmaciones que formulan las partes acerca de supuestos de hecho para la celebración del contrato, al paso que las “Warranties” constituyen promesas de que los hechos son o serán verdaderos al momento de la celebración o

cierre del negocio.

Es importante tener en cuenta que esta cláusula trata de representaciones explícitamente incorporadas al contrato y no meras representaciones extracontractuales. Pues las primeras son consideradas como términos expresos del contrato, mientras que las últimas son términos implícitos que tienen efectos legales diferentes y requieren de todo un método de interpretación para que lleguen a producir efectos entre las partes⁽⁹⁾.

Cuando una estipulación hace parte del contrato, retoma fuerza el principio de “Parol evidence rule”. Así las cosas, cuando los contratantes incorporen un supuesto de hecho en el contrato, en el sistema anglosajón “la ley impone estricta responsabilidad en la parte representada”:

“Now in this case we think that the parties must have intended this statement to be a term of the contract because it is only reasonable to conclude that the party making the statement intended to accept responsibility for it”⁽¹⁰⁾.

De allí que cuando una “representación” o afirmación de un supuesto de hecho se encuentra incorporada en el contrato, esta implica una promesa o “warranty” por parte del representado, de que los hechos son o serán verdaderos⁽¹¹⁾. Dado lo anterior, la cláusula que expresa representaciones, es denominada en la doctrina del contrato anglosajón “representations and warranties” y así se le suele denominar convencionalmente, pues —como ya se dijo— cuando esta se encuentra incorporada en el contrato, la primera implica la segunda.

Todo lo anterior tiene fundamento legal explícito en el “Uniform Commercial Code” de Estados Unidos; en efecto, según él cuando se incorpore al contrato la afirmación de un supuesto de hecho esta crea una promesa o “warranty” expresa de que el objeto del contrato se sujeta o conforma a la afirmación, según quedó dicho:

2-313. Express Warranties by Affirmation, Promise, Description, Sample.

(1) Express warranties by the seller are created as follows:

(a) Any affirmation of fact or promise made by the seller to the buyer which relates to the goods and becomes part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the affirmation or promise.

(...).

(2) It is not necessary to the creation of an express warranty that the seller use formal words such as "warrant" or "guarantee" or that he have a specific intention to make a warranty, but an affirmation merely of the value of the goods or a statement purporting to be merely the seller's opinion or commendation of the goods does not create a warranty”.

Teniendo en cuenta, que la cláusula sobre las representaciones implica un efecto legal de garantía, o mejor, de promesa, es necesario poner de presente que el incumplimiento de las representaciones por uno de los contratantes da lugar a que la otra parte tenga derecho a reclamar perjuicios, sin perjuicio de la facultad de solicitar la terminación del contrato, cuando la representación es sustancial para el negocio⁽¹²⁾. En tal caso, si el afectado decide terminar el contrato podrá pedir perjuicios, a diferencia de la rescisión que tiene por propósito privar de todo efecto el contrato con efectos retroactivos, por lo cual lo procedente es simplemente colocar a la partes en la posición en que se encontraban antes de su celebración⁽¹³⁾. Es que cuando se pide la terminación del contrato la parte no se priva del pago indemnizatorio, pues la terminación no elimina retrospectivamente los resultados del incumplimiento⁽¹⁴⁾.

Entre nosotros la cláusula de “Representations and Warranties” es extraña a la regulación normativa de nuestros códigos de derecho privado y por ende no tiene contemplada en el derecho obligacional un efecto explícito. Por lo que de su masiva incorporación al contrato comercial doméstico, a la luz de la creciente copia de las minutas norteamericanas, deben seguirse los efectos propios de toda estipulación contractual según la legislación nacional; es decir, su incumplimiento puede dar lugar a la resolución del negocio o a la ejecutoriedad del acuerdo con indemnización de perjuicios.

Ante la falta de regulación expresa de esta figura contractual en el derecho latino y en especial en el derecho

contractual colombiano, la estipulación de la cláusula de “Representations and Warranties” es seguida de ordinario de la previsión de un efecto propio en la cláusula de garantía, también denominada de “indemnidad”. Por manera que es de usanza entre nosotros que para hacer relevante la cláusula de “Representations and Warranties”, las partes convienen que los perjuicios derivados de su incumplimiento deben ser indemnizados de conformidad con la garantía convenida o la cláusula de indemnidad estipulada. Así, por ejemplo, para que el comprador en este tipo de negocios quede garantizado frente al incumplimiento de la declaración del vendedor (“representation”) acerca de que el balance de la empresa a una fecha cierta se ajusta integralmente a los principios y normas de contabilidad, se conviene que cualquier inexactitud al respecto y que cause un deterioro patrimonial al comprador, como por ejemplo, por la inexistencia de activos, la misma será cubierta por la garantía del contrato, por lo general establecida a través de un fideicomiso.

Ocurre sin embargo que en el caso *sub examine* las partes, apartándose de la técnica contractual más extendida, en la cláusula de “indemnización y asuntos relacionados” (cláusula décima cuarta del contrato suscrito el 20 de abril de 1998) se abstuvieron de reconocer cobertura alguna, como evento indemnizable, a la inexactitud o al incumplimiento de las declaraciones (“Representations and Warranties”) formuladas en las cláusulas décima primera y décima segunda del contrato de promesa. De análoga manera la cláusula quinta del contrato de garantía suscrito entre las partes el 24 de julio de 1998 no incluyó dentro de los “eventos cubiertos por la garantía” el incumplimiento o la inexactitud de los “Representations and Warranties”.

Esta peculiar concepción del alcance de la cláusula de Indemnidad, llevó por ejemplo a que, si bien en las declaraciones se hubiese establecido que cualquier diferencia patrimonial entre los balances auditados y no aprobados de Progreso a 31 de diciembre de 1997, con relación a los finalmente autorizados para su publicación por parte de la (*) Superintendencia Bancaria, debían ser asumidos como una inexactitud o una diferencia por parte de los vendedores personas jurídicas, dicha diferencia patrimonial no estaba cubierta por la garantía contractual dado que esta hipótesis no quedó prevista dentro de los eventos indemnizables de la cláusula de garantía de la promesa de compraventa y del contrato de garantía.

Desde esta perspectiva el tribunal juzga inocuo cualquier esfuerzo hermenéutico o probatorio encaminado a discernir sobre la declaración de los Vendedores en el sentido de que “Progreso lleva la contabilidad [...] de acuerdo con las normas legales que regulan la materia” (cláusula décima primera, 1) y sobre la declaración del comprador en el sentido de que “para efectos de la presente negociación se tendrán en cuenta los balances a 31 de diciembre de 1997, aportado (sic) por los promitentes vendedores” (cláusula décima segunda, 2).

Porque para los fines de determinar la cobertura de la garantía suscrita el 24 de julio de 1998 no corresponde al tribunal emitir pronunciamiento alguno acerca de si se cumplió o no el contrato de promesa de compraventa de las acciones, o las declaraciones en él previstas, en relación como se encontraba registrado o no en el balance de Progreso a 31 de diciembre de 1997 el pasivo o la contingencia derivado de la asunción de la obligación de entregar unos inmuebles al señor Gonzalo Castiblanco, prevista en la dación en pago de Proyectos Inmobiliarios Ltda., sino contraer su pronunciamiento a las pretensiones de la demanda, que están referidas en su esencia al contrato de garantía del 24 de julio de 1998 y en particular a los “eventos cubiertos por la garantía”.

De hecho la competencia arbitral se circunscribe a la cláusula compromisoria pactada en la “cláusula décima-resolución de controversias” del contrato de garantía, como se menciona en el capítulo de “cuantía y competencia” del escrito de demanda.

B. Contrato de garantía a favor de la Corporación Financiera de los Andes S.A. de la compraventa de acciones de Progreso.

Ocurre que el contrato de garantía celebrado el 24 de julio de 1998, suscrito entre las mismas partes que convinieron la promesa de compraventa de las acciones el 20 de abril de 1998, en ninguna de sus estipulaciones se previó que la indemnidad en él prevista se haría extensiva a los incumplimientos o a las inexactitudes de las declaraciones formuladas por ellas mismas en el contrato principal.

Es así como la cláusula 5.1 denominada “eventos cubiertos por la garantía”, solamente contempla tres clases de eventos indemnizables a cargo de los vendedores y a ellos ha de estarse estrictamente el tribunal:

- a) “Por la titularidad de las acciones, la venta de las mismas y las transacciones anteriores a esta”.
- b) “Por cualquier contingencia en los términos que ha sido definida, que no se encuentra provisionada o esta (sic) no es suficiente y que se originen (sic) en hechos ocurridos con anterioridad a la fecha en que se lleva a cabo la transferencia de las acciones”.

Para estos fines el mismo contrato define las contingencias como “aquellas que afectan a Progreso por actos o hechos ocurridos con anterioridad a la venta de las acciones de Progreso que hayan dado, o puedan dar lugar a procesos en contra de Progreso, de orden civil, comercial, laboral, penal, fiscal, administrativo o de cualquier índole” (cláusula segunda).

- c) “Por pasivos ocultos, que corresponden a obligaciones a cargo de la entidad en los términos definidos y que no se encuentran (sic) reflejados en los estados financieros cercanos a la fecha de transferencia, que fueron transmitidos a la (*) Superintendencia Bancaria”.

El contrato de garantía se encarga de definir el pasivo oculto como “las obligaciones exigibles a la fecha de venta de las acciones de Progreso S.A. desconocidas por dicha sociedad, razón por la cual no se emplearon los medios de defensa relacionados con su existencia, validez o exigibilidad” (cláusula segunda).

Por acuerdo de las partes previsto en la misma cláusula quinta (5ª) del contrato de garantía, en todos estos casos la garantía de indemnización a cargo de los vendedores se gobierna por los siguientes aspectos:

- (i) Los garantes vendedores constituidos como personas jurídicas responden solidariamente por la garantía contractual.
- (ii) Existe un monto mínimo garantizado por disposición contractual: pasivos ocultos o contingencias que asciendan por lo menos a la suma de treinta millones de pesos (\$ 30.000.000) o cuando en conjunto tales indemnizaciones individuales superen los doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000), según las voces de la cláusula 5.2 del contrato de garantía.
- (iii) La garantía máxima de indemnización por pasivos ocultos y contingencias individuales o conjuntas es por un mil seiscientos millones de pesos (\$ 1.600.000.000), “monto que comprenderá todos los pagos que deban asumir por los mencionados conceptos los garantes vendedores ...”, según reza la cláusula 5.2 del contrato de garantía.
- (iv) La cobertura de la garantía ofrecida equivale al cien por ciento (100%) de cada evento indemnizable, sin perjuicio de la observancia del monto máximo de los un mil seiscientos millones de pesos (\$ 1.600.000.000) previsto como tope.
- (v) La vigencia de la garantía se contrae por disposición contractual a las reclamaciones y procesos en curso al momento de pactarse la garantía o que se presenten dentro del término de cinco años contados a partir de la transferencia de las acciones. Es decir, el término máximo para presentar reclamaciones venció el 24 de julio de 2003.
- (vi) La cláusula 5.4 del contrato de garantía contempla un procedimiento especial para notificar las reclamaciones y hacer viable la coadyuvancia de la defensa de Progreso por parte de los garantes vendedores, que debe ser cumplido estrictamente y en especial cuando la contingencia surge de demandas contra Progreso.

7. Las pretensiones.

Así las cosas, procederá el tribunal a examinar, a partir de los fundamentos contractuales que acaban de exponerse, cada una de las pretensiones de la demanda. Para el efecto tendrá en cuenta este panel arbitral que el comprador sustenta sus reclamaciones en el contrato de garantía, con base en el monto máximo de cobertura de la misma por valor de un mil seiscientos millones de pesos (\$ 1.600.000.000), sin que se haya establecido la existencia de pago anterior con cargo a la misma garantía a favor de la parte convocante, por lo que el valor máximo de la indemnidad permanece incólume.

7.1. Primera pretensión.

A. Naturaleza de la reclamación.

Como se tiene por establecido, el 22 de diciembre de 1997 Progreso remitió por escrito al señor Jaime Castiblanco Cruz los términos de la oferta presentada en la reunión sostenida entre las partes el 17 de diciembre de 1997 “acerca del desarrollo del proyecto denominado Bussiness Center 127”, que contemplaba —entre otros asuntos principales— (i) la dación en pago a la corporación por parte de Proyectos Inmobiliarios Ltda. de la totalidad de los derechos fiduciarios del Fideicomiso Inmobiliario denominado ADM-BC127, constituido con Fiduciaria Alianza para desarrollar el proyecto Bussiness Center 127 (E.P. 8246 del 30 de diciembre de 1996 de la Notaría Sexta de Bogotá) y (ii) el reconocimiento y la asunción por parte de Progreso de la obligación que consta en la cláusula sexta de la E.P. 4034 del 29 de julio de 1994, de la Notaría 42 de Bogotá, relacionada con la entrega “Gonzalo Castiblanco Cabalcante, un área de mil novecientos metros cuadrados (1.900 m^2) y 38 garajes en el proyecto Bussiness Center 127 en (sic), una vez sea construido”.

La dación en pago de los derechos fideicomitidos fue documentada en el contrato suscrito entre Progreso y Proyectos Inmobiliarios Ltda. el 29 de diciembre de 1997, aceptada asimismo por el representante legal de Fiduciaria Alianza S.A. Dicho contrato previó los siguientes aspectos que el tribunal destaca para analizar las pretensiones de la demanda:

— Para cancelar integralmente obligaciones a cargo de Proyectos Inmobiliarios Ltda. con Progreso por la suma de \$ 1.951.615.783, se convino la dación en pago a favor de la corporación de la totalidad de los derechos fiduciarios del Fideicomiso Inmobiliario denominado ADM-BC127 constituido con Fiduciaria Alianza para desarrollar el proyecto Bussiness Center 127 (E.P. 8246 del 30 de diciembre de 1996 de la Notaría Sexta de Bogotá), de que era titular Proyectos Inmobiliarios Ltda., así como “la licencia de construcción, el diseño arquitectónico, el estructural, el de pilotaje, el estudio de suelos y los planos de cimentación del proyecto Bussiness Center 127”.

— El valor de los bienes recibidos en pago se tasó en la suma de un mil novecientos cincuenta y un millones seiscientos quince mil setecientos ochenta y tres pesos (\$ 1.951.615.783).

— Progreso asumió la obligación de entregar a Gonzalo Castiblanco C., un área de mil novecientos metros cuadrados (1.900 m^2) en los pisos 3 y 4 del proyecto y 38 garajes en el proyecto Bussiness Center 127, “una vez sea construido”, en los términos de la obligación que consta en la cláusula sexta de la E.P. de Permuta 4034 del 29 de julio de 1994, de la Notaría 42 de Bogotá. Y se precisó:

“Esta obligación será asumida por la corporación y se cumplirá de acuerdo con el resultado del proyecto, salvo por la cláusula penal establecida en la cláusula séptima de la escritura referida, la cual será asumida por el tradente [Proyectos Inmobiliarios Ltda.], hasta que sea liberado de la misma por Gonzalo Castiblanco Calbacante. Parágrafo: Por este documento el tradente renuncia al mandato conferido en la cláusula octava de la misma escritura”.

— En la cláusula décima segunda se previó un término de quince (15) días hábiles para que Proyectos Inmobiliarios Ltda. tramitara el cambio de titular de la licencia de construcción a nombre del fideicomiso ADM-BC127.

— En la cláusula décima octava, denominada “vigencia”, se convino:

“Los términos para la ejecución del presente contrato, se empezarán a contar a partir del 2 de enero de 1998”.

A la obligación personal asumida por Progreso en relación con el señor Gonzalo Castiblanco C. se refirió el representante de este, en los términos de la comunicación escrita del 30 de diciembre de 1997 dirigida a Progreso.

Expuesto lo anterior debe el tribunal discernir sobre la naturaleza de la reclamación dada la proposición planteada en las pretensiones de la demanda y en el alegato de conclusión de la parte convocante. Con relación a la deuda asumida por Progreso con el señor Gonzalo Castiblanco C., consistente en la entrega de un área de mil novecientos metros cuadrados (1.900 m^2) en los pisos 3 y 4 del proyecto y 38 garajes en el proyecto Bussiness Center 127, “una vez sea construido”, la demandante se refiere indistintamente como “una contingencia o pasivo oculto” (primera pretensión de la demanda) y, en su alegato de conclusión, la denomina en veces como un “pasivo oculto u

ocultado” y en otras como un “pasivo oculto o contingencia”.

Para el tribunal es inobjetable que el hecho económico derivado de la asunción de la deuda personal existente con el señor Castiblanco a que se ha hecho referencia, constituye una deuda u obligación personal de Progreso, derivada de la novación o de la delegación imperfecta de obligaciones a que se hizo referencia anteriormente.

La asunción de dicha obligación por parte de Progreso nace de la obligación que sobre el particular contrajo con Proyectos Inmobiliarios Ltda. con ocasión de la dación en pago suscrita el 29 de diciembre de 1997, según se lee en la cláusula séptima (num. 1º). Asunción de la que fue informado anticipadamente el acreedor, según comunicación 006352 del 22 de diciembre de 1997, suscrita por el vicepresidente comercial de Progreso, y respecto de la cual el representante del señor Castiblanco expresó puntualmente su conformidad en la comunicación que el 30 de diciembre de 1997 dirigió a Progreso, sobre la base de que se ajustara estrictamente a la cláusula sexta de la escritura de permuta 4034 de 1994, tal y como estaba prevista.

Así las cosas, en criterio de este tribunal la obligación personal con el señor Gonzalo Castiblanco Cavalcanti debió reflejarse en los estados financieros de Progreso al 31 de diciembre de 1997, al menos dentro de las cuentas contingentes. Por lo que no deja de ser sorprendente a los ojos del tribunal que el representante de la corporación para aquel entonces afirmara desconocer los motivos por los cuales no estaba registrada la operación a dicha fecha (fl. 22 cdno. de pbas. 10).

Es más. Progreso definió las cuentas contingentes de sus estados financieros a 31 de diciembre de 1997, en los siguientes términos:

“Cuentas contingentes

En estas cuentas se registran las operaciones mediante las cuales la corporación adquiere un derecho o contrae una obligación cuyo surgimiento está condicionado a que un hecho se produzca o no, dependiendo de factores futuros, eventuales o remotos. Así mismo, registra los rendimientos financieros a partir del momento en que se suspenda la causación en las cuentas de la cartera de créditos” (el resaltado es extratextual) (pág. 20, anexo 11 de la demanda, fl. 109 cdno. de pbas. 1).

A la fecha de corte del balance a que se refiere la nota anterior, la asunción de la deuda por parte de Progreso derivaba del conjunto de obligaciones que este establecimiento de crédito contraía con Proyectos Inmobiliarios Ltda. como parte de la dación en pago convenida el 29 de diciembre de 1997. La oferta de asunción de la deuda había sido comunicada por la corporación financiera al acreedor de la misma, sujeta a la condición de que se perfeccionara la dación en pago, lo que a la postre ocurrió el 2 de enero de 1998. Por ello a 31 de diciembre el “surgimiento” de esta obligación estaba sujeto (i) a una condición como producto de la oferta del 22 de diciembre de 1997 y (ii) además al plazo suspensivo del mismo 2 de enero propio de la dación en pago en la que se previó la obligación de asumir la deuda en referencia, y como tal ha debido registrarse y revelarse dentro de las cuentas contingentes.

Empero, para los efectos del contrato de garantía esta omisión no constituye un “Evento Indemnizable”, por las siguientes razones:

(i) De un lado porque si bien en las “declaraciones” del vendedor previstas en el contrato de venta de las acciones se manifestó que “Progreso lleva la contabilidad de sus negocios al día y de acuerdo con las normas legales que regulan la materia”, no se pactó —como ha quedado dicho— que el incumplimiento en las declaraciones que causara daño patrimonial al comprador sería objeto de la indemnidad contractual, y

(ii) Porque según la peculiar definición de pasivo oculto prevista en el contrato, la ausencia de registro o de revelación de la deuda asumida con anterioridad al 31 de diciembre de 1997 no constituye *per se* un pasivo oculto, si se tiene en cuenta que:

— La definición de pasivo oculto suponía que la obligación correspondiente fuese desconocida por Progreso a la fecha de la venta. Lo que no puede predicarse de la obligación contraída con Castiblanco para el 24 de julio de 1998. Hay evidencia probatoria abundante de que la corporación conocía de ella con anterioridad a dicha fecha. La

había convenido en la dación en pago; sobre la misma se había referido el 22 de diciembre de 1997 en la comunicación que le había dirigido a Castiblanco y, por si fuera poco, la junta directiva de la corporación se refirió con certeza a ella en el acta 256 del 18 de febrero de 1998 (anexo 13 de la demanda, fls. 138 a 142 cdno. de pbas. 1).

— Para que el pasivo adquiriera el carácter de oculto debería tratarse de un pasivo exigible “a la fecha de venta de las acciones de Progreso S.A.”, según la definición contractual invocada.

Y ocurre que para el 24 de julio de 1998 la deuda contraída a favor del señor Castiblanco era inejecutable porque estaba diferida en su exigibilidad hasta el momento en que se hubiese construido el proyecto Bussiness Center 127, lo que para aquella fecha no había ocurrido. De ello dan cuenta, por ejemplo, los testimonios de Mario Flórez (fl. 408 del cdno. de pbas. 10), Camilo Trujillo (fl. 324 del cdno. de pbas. 10) y Gloria Cecilia Velásquez (fls. 386 y 387 del cdno. de pbas. 10).

Resta, en consecuencia, auscultar si dicha deuda —que aún no es exigible— constituye, en los términos del contrato de garantía, una contingencia y, en su caso, si la misma tipifica un evento indemnizable.

Como se recordará el contrato define las contingencias como “aquellas que afectan a Progreso por actos o hechos ocurridos con anterioridad a la venta de las acciones de Progreso que hayan dado, o puedan dar lugar a procesos en contra de Progreso, de orden civil, comercial, laboral, penal, fiscal, administrativo o de cualquier índole” (cláusula segunda).

Porque en los términos del contrato que vincula a la partes en controversia, son contingencias las que cumplen con las siguientes cuatro características:

(i) Para empezar, tautológicamente se define en el contrato que son contingencias las contingencias: son contingencias “aquellas [contingencias se entiende]”, según reza la cláusula segunda del contrato de garantía del 24 de julio de 1998.

El artículo 52 del Decreto 2649 de 1993 definió como contingencia “condición, situación o conjunto de circunstancias existentes, que implican duda respecto a una posible ganancia o pérdida por parte de un ente económico, duda que se resolverá en último término cuando uno o más eventos futuros ocurran o dejen de ocurrir”.

Cuando tales contingencias de pérdidas son probables, esto es “aquellas respecto de las cuales la información disponible, considerada en su conjunto, indica que es posible que ocurran los eventos futuros” (D. 2649/93, art. 52), se deben constituir provisiones justificadas, cuantificables y confiables (art. 52, ídem).

(ii) Las contingencias deben afectar a Progreso (hoy Corficolombiana).

(iii) Las contingencias deben provenir de actos o hechos ocurridos con anterioridad a la venta de las acciones de Progreso, lo que ocurrió definitivamente el 24 de julio de 1998.

(iv) Tales contingencias deben haber dado lugar o pueden dar lugar a procesos en contra de Progreso, de orden civil, comercial, laboral, penal, fiscal, administrativo o de cualquier índole (cláusula segunda).

En tales casos para que la contingencia de lugar a la garantía contractual debe tratarse de una contingencia “que no se encuentra provisionada o esta (sic) no es suficiente y que se originen en hechos ocurridos con anterioridad a la fecha en que se lleva a cabo la transferencia de las acciones”. Y está probado en el expediente que dicha contingencia carecía de provisión (fl. 4 cdno. de pbas. 3).

No obstante, en su alegato de conclusión la parte convocada reduce a dos (2) los elementos para que se configure una contingencia (fl. 606 del cdno. ppal.):

“Respecto de la posibilidad de que exista una contingencia, de la definición dada a dicho término en la promesa de venta y en el contrato de garantía se desprende que es necesario que se configuren los siguientes elementos:

Que se trate de un acto o hecho ocurrido con anterioridad a la venta de las acciones de progreso, es decir al 29 de julio de 1998.

Que el acto o hecho haya dado, o pueda dar lugar, a un proceso contra Progreso (hoy Corficolombiana)”.

El apoderado de la parte convocada concluye que la obligación a cargo de Progreso (hoy del demandante Corficolombiana), no constituye una contingencia para los fines del contrato. Se lee en su alegato de conclusión:

“Los elementos atrás citados no se configuran en el presente caso por las razones que explico a continuación:

En primer lugar, a 29 de julio de 1998, cuando se perfeccionó la venta de las acciones [...] no había ocurrido hecho ni acto alguno que hubiera dado o pudiera dar lugar a un proceso civil en contra de Progreso. En efecto, para esa fecha el Proyecto Bussiness Center 127 se encontraba en etapa de construcción y tenía todas las licencias vigentes y en orden necesarias para llevarlo hasta su terminación.

En segundo lugar, la supuesta contingencia que hoy reclama Corficolombiana, como sucesora de los derechos de Progreso, tiene que ver con el incumplimiento en que se habría incurrido por el hecho de no haberle entregado al señor Jaime Gonzalo Castiblanco 1.900 M² de oficinas y 38 parqueaderos en el edificio Bussiness Center 127 que debió haberse construido, de conformidad con lo estipulado en la escritura 4034 de 1994 de la Notaría 42 del Círculo de Bogotá” (fl. 606 del cdno. ppal.).

Y concluye la parte convocada:

“El incumplimiento se dio después del 29 de julio de 1998, cuando Corficolombiana, luego de absorber a Progreso como resultado de una fusión, resolvió de manera inconsulta desistir de la construcción del Proyecto Bussiness Center 127” (fls. 606 a 607 del cdno. ppal.).

Debe el tribunal pronunciarse sobre el particular.

En primer término observa que la obligación que contrajo Progreso (hoy Corficolombiana) a favor de Castiblanco constituye aún un pasivo contingente. De él se deriva una contingencia de pérdida o ganancia, valga decir, “la incertidumbre respecto tanto del acaecimiento de hechos futuros como de los resultados de los mismos, para efectos de su reconocimiento, formación o constitución y contabilización de las provisiones”⁽¹⁵⁾, como quiera que la misma depende del desarrollo o no del proyecto “Bussiness Center” y del desempeño económico del mismo.

De otro lado, la contingencia se perfeccionó a partir del momento en que Progreso asumió la obligación con Castiblanco, como ha quedado dicho. Es decir su origen proviene de un acto ocurrido con anterioridad a la venta de las acciones de la corporación. La eventualidad de la ganancia o de la pérdida para Corficolombiana no se deriva, entonces, del supuesto incumplimiento en que habría incurrido por no haber entregado los inmuebles a Gonzalo Castiblanco, por un acto propio de la corporación que —según la parte convocada— es la responsable de la suspensión de la construcción del proyecto inmobiliario, sino de la exigibilidad de dicha obligación, que pende de la realización de la obra denominada “Bussiness Center 127” y, en últimas, de la misma evolución financiera del proyecto.

Ello es así, entre otras cosas, porque cuando Progreso decidió asumir la obligación personal con Castiblanco, el término contractual previsto en la permuta para llevar a cabo el proyecto inmobiliario con base en el cual se le entregarían a este los inmuebles, se encontraba ampliamente vencido. Es decir, el incumplimiento era preexistente a la fecha en que la obligación fue asumida por Progreso.

En este orden de ideas la existencia de la contingencia no se determina tampoco por la demanda impetrada ante el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, dado que según la definición del contrato para que de un acto o hecho se derive la contingencia basta con que él haya dado lugar a un proceso o pueda dar lugar a un proceso, lo que en efecto era predicable de la asunción de la deuda con Castiblanco desde que ella se asumió con anterioridad al 24 de julio de 1998 por parte de Progreso. La referencia a esta demanda no significa en modo alguno que se apele a su existencia para fundar este laudo; simplemente es una alusión útil, en consonancia con lo expuesto sobre el particular por la parte convocada.

Entendido el “pasivo oculto” en la forma antes expuesta, el tribunal no podrá acceder a declarar que el “pasivo oculto del denominado “Proyectos Inmobiliarios” hace parte del contrato de garantía que las demandadas suscribieron con la Corporación Financiera de los Andes S.A., hoy Corficolombiana.

Por el contrario, concluye el tribunal que el crédito personal a favor de Gonzalo Castiblanco C. constituye para Corficolombiana una contingencia, en los términos del contrato de garantía en comento y así procederá a declararlo.

En este punto, sin embargo, el tribunal considera importante hacer la siguiente aclaración que es fundamental para entender el alcance de la declaración que antecede:

Parte de la estrategia de la defensa, como se desprende de las contestaciones a la demanda y de las excepciones propuestas, tiene que ver con el cumplimiento o incumplimiento de la obligación que Progreso, absorbida posteriormente por la Corporación Financiera de los Andes, hoy Corficolombiana, asumió a favor de Gonzalo Castiblanco C, de conformidad con lo pactado en la cláusula sexta de la escritura pública de permuta 4034 del 29 de julio de 1994 de la Notaría 12 de Bogotá. Establecer el cumplimiento o incumplimiento de la mencionada obligación, derivada de la relación entre Progreso y Gonzalo Castiblanco C., o si le asisten o no le asisten razones a Progreso para no cumplir su obligación frente a Gonzalo Castiblanco C, si esa es la hipótesis, son asuntos que escapan a la competencia de este tribunal, como quiera que las diferencias que se deriven de dicha relación, no están comprendidas en la cláusula compromisoria pactada por las partes que concurren a esta litis; porque el señor Castiblanco no es parte del contrato de garantía. Además de la imposibilidad de tal pronunciamiento, en los términos de la litis trabada en este proceso, no le corresponde al tribunal definir si los garantes vendedores deben o no indemnizar a Corficolombiana por los pagos que esta tuviere que hacer por virtud de la obligación que asumió frente a Gonzalo Castiblanco C. Una decisión de tal naturaleza no se compadece con el alcance de la primera pretensión de la demanda, la cual, además, es meramente declarativa.

7.2. Segunda pretensión.

Con criterios iguales a los antes expuestos, debe analizarse la segunda pretensión de la demanda, en la que se le solicita al tribunal declarar que en caso de que llegue a hacerse efectiva a cargo de la demandante la contingencia o pasivo oculto del denominado Proyectos Inmobiliarios, las demandadas son las llamadas a responder solidariamente ante la demandante.

Esto significa que la pretensión segunda de la demanda no podrá prosperar en cuanto hace referencia al pasivo oculto, toda vez que la obligación que asumió Progreso a favor de Gonzalo Castiblanco C no participa de esa naturaleza, por las razones antes mencionadas.

Por el contrario, la misma pretensión está llamada a prosperar en los términos de la cláusula tercera del contrato de garantía, que estipula la solidaridad aludida, y dado que, a juicio del tribunal, la referida obligación es una “contingencia” cobijada por el contrato de garantía celebrado entre las partes, en el entendido que la declaración que hará el tribunal no significa necesariamente que las garantes vendedoras deban indemnizar a la demandante por los pagos que esta tuviere que hacer a Gonzalo Castiblanco C., porque para ello es necesario establecer, en un juicio diferente al presente proceso arbitral, la responsabilidad que a cada una de las partes corresponda frente al cumplimiento o incumplimiento de la mencionada obligación, asunto que escapa —por voluntad de las partes que definieron el alcance de la litis— a los alcances de este proceso arbitral.

7.3. Tercera pretensión.

La tercera pretensión de la demanda consiste en “Ordenar a las demandadas hacer una provisión o reserva, según el caso, que garantice el cumplimiento de la contingencia o pasivo oculto y, como consecuencia de la declaración anterior, o de una semejante, ordenar a las demandadas que la provisión sea de por lo menos mil seiscientos millones de pesos (\$ 1.600.000.000) actualizados a la fecha más próxima al laudo, o a la suma que se disponga en el laudo y por un término no inferior a diez años , o en el que se disponga en el laudo”.

A este propósito debe establecerse en primer término que en materia de provisiones, el artículo 52 del Decreto 2649 de 1993 establece lo siguiente:

“Se deben contabilizar provisiones para cubrir pasivos estimados, contingencias de pérdidas probables, así como para disminuir el valor reexpresado, si fuere el caso, de los activos, cuando sea necesario de acuerdo con las normas técnicas. Las provisiones deben ser justificadas, cuantificables y probables.

Una contingencia es una condición, situación o conjunto de circunstancias existentes que implican duda respecto de una posible ganancia o pérdida por parte de un ente económico, duda que se resolverá en último término cuando uno o más eventos futuros ocurran o dejen de ocurrir.

Las contingencias pueden ser probables, eventuales o remotas.

Son contingencias probables aquellas respecto de las cuales la información disponible, considerada en su conjunto, indica que es posible que ocurran los eventos futuros.

Son contingencias eventuales aquellas respecto de las cuales la información disponible, considerada en su conjunto, no permite predecir si los eventos futuros ocurrirán o dejarán de ocurrir.

Son contingencias remotas aquellas respecto de las cuales la información disponible, considerada en su conjunto, indica que es poco posible que ocurran los eventos futuros.

La calificación y cuantificación de las contingencias se debe ajustar al menos al cierre de cada período, cuando sea el caso con fundamento en el concepto de expertos”.

Conforme al precepto transcrito, cuando a un ente económico se le presenta una contingencia, lo primero que debe hacer es evaluar si la misma es probable, eventual o remota, para lo cual debe hacer el análisis correspondiente con base en la información disponible, considerada en su conjunto. Si el ente económico estima que la contingencia es probable, estará obligado a constituir provisiones para cubrir la posible pérdida. Si, por el contrario, estima que la contingencia es eventual o remota, no estará obligado a constituir provisiones.

Con base en lo anterior el tribunal estima que no puede prosperar la pretensión por las siguientes razones:

1. Las provisiones constituyen la afectación del patrimonio del ente contable para protegerlo de pérdidas derivadas de una contingencia cuando se asume que esta es probable. Pero las provisiones no pueden garantizar “el cumplimiento de una contingencia (sic)” como se reclama por la parte convocante.
2. Las reservas, conforme a los artículos 451 y siguientes del Código de Comercio, son apropiaciones de utilidades líquidas que solamente tienen fundamento en la ley (reserva legal), en los estatutos y en decisiones de las asambleas, mas nunca en un laudo arbitral.
3. Tratándose de sociedades anónimas en liquidación corresponde a la autoridad administrativa, en los términos del artículo 235 del Código de Comercio, ordenar las rectificaciones del inventario de la liquidación cuando a ello haya lugar, en el marco del trámite de la aprobación de dicho inventario.

7.4. Cuarta pretensión.

La cuarta pretensión de la demanda busca que el tribunal declare “que si la demandante debe hacer algún reconocimiento por concepto de la contingencia o pasivo oculto indicados en la pretensión primera, podrá repetir contra las demandadas”.

La acción de repetición, entendiéndola por tal la que procede como consecuencia de la subrogación en “los derechos del acreedor a un tercero que le paga”, solamente procede en el evento de que el pago cumpla con los requisitos exigidos por la ley, según los términos del artículo 1668 del Código Civil.

Ahora bien, como en el presente caso no se ha efectuado pago alguno no puede saberse de antemano si ha obrado la subrogación por ministerio de la ley y, por lo tanto, esta pretensión no puede prosperar.

8. Las excepciones.

Con fundamento en lo expuesto, a continuación el tribunal se pronunciará sobre las excepciones propuestas por la parte convocada, así:

8.1. Cobro de lo no debido - Reclamación exagerada - Límite de la garantía:

Al respecto considera el tribunal que no estamos frente a un proceso de cobro de la garantía como lo sostiene la convocada para sustentar estas excepciones, razón por la cual no pueden prosperar las mismas.

8.2. Carencia de derecho:

El tribunal considera que, precisamente, en este proceso arbitral se pretende establecer si le asiste o no el derecho a favor de la demandante para obtener o no las pretensiones a que se contrae la demanda, circunstancias todas ellas que son objeto de análisis y definición en este laudo. Por ende, mal puede ser tramitada favorablemente esta excepción.

8.3. Culpa de la demandante y excepción de publicidad:

La convocada plantea estas excepciones apoyadas similarmente en los siguientes argumentos: que la convocante tuvo en su poder toda la información necesaria para realizar la evaluación tanto del proyecto como del inmueble en el que se desarrollaría y, además, siendo la demandante experta en este tipo de negocios podía determinar “el estado del bien [...] para lo cual debía obrar con la diligencia y cuidado que le eran exigibles”. Adicionalmente, que los documentos públicos, es decir, las escrituras públicas, los certificados de libertad y tradición siempre estuvieron a su disposición como elementos de juicio necesarios para valorar a Progreso y los distintos activos que esta poseía.

En otros términos, sostiene la convocada, que la demandante no puede alegar su propia culpa en la que incurrió al no haber tenido la suficiente diligencia y cuidado en el estudio de los documentos que le fueron suministrados de cuyo estudio debía haber evidenciado la existencia del pasivo a su cargo, objeto del debate en este proceso.

El tribunal considera que para resolver esta excepción es necesario tener en cuenta la disposición consagrada en el artículo 5.1. del contrato de garantía. En efecto, este define dentro de los eventos indemnizables o cubiertos por la garantía, las contingencias originadas en “hechos ocurridos con anterioridad a la fecha en que se lleva a cabo la transferencia de las acciones”, esto es, antes del 24 de julio de 1998.

Así las cosas, para que se realice el supuesto de hecho previsto en la aludida disposición, es necesario que el evento indemnizable o cubierto por la garantía —vale decir— la contingencia se hubiera producido simplemente antes de la venta de las acciones, sin que sea necesario determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió dicha contingencia.

Establecido por el tribunal que la obligación que se debate en este proceso constituye, en los términos del contrato de garantía, una contingencia acaecida antes de la venta de las acciones, como ha quedado ampliamente expuesto, no es necesario entrar a determinar “la diligencia y cuidado” que pudiera haber tenido o no la convocante, para que dicha contingencia quede cubierta por la garantía.

El tema de la ausencia de culpa es asunto propio de la exigibilidad de la garantía.

Por las razones expuestas, las excepciones de culpa de la demandante y de publicidad, no pueden prosperar y así se determinará en la parte resolutive de este laudo.

8.4. Compensación:

El tribunal encuentra que no se probó dentro de este proceso que existiera una obligación a favor de la demandante y a cargo de la demandada que pudiera legalmente ser objeto de compensación, por cuya razón esta excepción no puede prosperar.

8.5. Excepciones de caducidad y prescripción:

En relación con las excepciones sexta y novena, procede el tribunal a pronunciarse sobre las mismas, en la siguiente forma:

Sostiene el excepcionante que de “[...] acuerdo con el numeral 5.3 del contrato de garantía, la obligación de los garantes de pagar las indemnizaciones es viable exclusivamente respecto de procesos “que se presenten dentro de los cinco años siguientes a la transferencia de las acciones, por hechos ocurridos con anterioridad a la venta de las acciones de Progreso Corporación Financiera S.A.”.

Para concluir que, “Por ende, es claro que para la fecha de presentación de la demanda (se refiere a la que cursa en el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., cuyo actor es el Sr. Castiblanco) habían transcurrido cinco años, 9 meses y 28 días, lo que significa que ya había caducado el plazo estipulado en el contrato de garantía”.

Considera el tribunal que estas excepciones están vinculadas porque una y otra se refieren a la vigencia de la garantía, respecto del término dentro del cual las reclamaciones y procesos debían presentarse, puesto que para la demandada el hecho que da lugar a la exigibilidad de la garantía fue la iniciación del proceso promovido por el señor Castiblanco, que cursa en el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., hecho que ocurrió por fuera del término contractual de cinco años señalado como de vigencia de la garantía, contados a partir de la fecha de adquisición de las acciones.

No obstante, la cláusula 5.3., alusiva a este tema, señala con meridiana claridad que la garantía “procederá exclusivamente respecto de las reclamaciones y procesos [...] que se presenten dentro de los cinco (5) años siguientes a la transferencia de las acciones [...]” (resaltado fuera del texto).

Por consiguiente, la garantía procede no solo frente a procesos judiciales, sino, además, frente a las reclamaciones que se presenten dentro del término convencional a que se ha hecho mención.

Aparece probado en el expediente, conforme consta en el anexo 22 de la demanda (fls. 263 a 266 del cdno. de pbas. 1), la carta de fecha 30 de junio de 2000, dirigida al representante de los garantes vendedores, Álvaro Hernán Mejía Pabón, por Fernando Uribe Cancino, presidente de Corficolombiana, sobre el asunto titulado “Reclamación derivada del contrato de garantía por la compraventa de Progreso Corporación Financiera S.A.- Caso Proyectos Inmobiliarios S.A.”, recibida por el aludido representante en julio 4 de 2000, a las 4:00 p.m., según se lee en la copia aludida.

Adicionalmente, reposan las comunicaciones del 18 de febrero de 1999 (anexo 20 de la demanda, fls. 259 a 261 del cdno. de pbas. 1), 5 de octubre de 2000 (anexo 23 de la demanda, fls. 267 a 269 del mismo cuaderno, 24 de septiembre de 2001 (anexo 24 de la demanda, fls. 270 a 275 del cdno. de pbas. 1), referentes a dichas reclamaciones, las cuales fueron rechazadas por los garantes vendedores y por consiguiente conocidas por ellos, todo lo cual indica que la reclamación se surtió dentro del plazo establecido contractualmente.

Por lo demás advierte el tribunal que la contingencia establecida no deriva de un vicio oculto respecto de ningún bien inmueble como ha quedado establecido a lo largo del presente laudo, razón por la cual no puede alegarse la prescripción prevista para esos eventos.

Por las razones expuestas, las excepciones estudiadas, no pueden prosperar.

8.6. Inexistencia de la obligación e inexistencia de pasivo oculto o contingencia:

Según quedó expuesto anteriormente, en este proceso quedó demostrada la existencia de una contingencia derivada de la asunción de la obligación de entregar a Gonzalo Castiblanco C. un “de mil novecientos metros cuadrados (1900,00 m²), área destinada a oficinas la cual será asignada en los pisos tercero (3º) y cuarto (4º) del proyecto y treinta y ocho (38) garajes” del Proyecto Business Center 127 (E.P. 4034 del 29 de julio de 1994, de la Notaría 42 del Círculo de Bogotá), asunción prevista en la oferta que suscribió Progreso el 22 de diciembre de 1997 y pactada el 29 de diciembre de 1997 como obligación de Progreso en la dación en pago de los derechos fiduciarios que a la sociedad Proyectos Inmobiliarios Ltda. le correspondían dentro del fideicomiso de administración denominado ADM-BC127 constituido con Fiduciaria Alianza S.A. Por esta razón, la excepción no prospera.

8.7. La excepción titulada: falta de jurisdicción y competencia de los árbitros, para fallar las pretensiones de la demanda, “[...] por la forma en que las mismas están planteadas”:

El excepcionante contrae esta excepción a las pretensiones tercera y cuarta y al efecto señala que las funciones jurisdiccionales de los árbitros los facultan única y exclusivamente para resolver sobre las controversias que surjan del convenio de garantía o de los que se deriven de este o que tengan que ver con él, según lo expresa la cláusula décima de dicho contrato.

Como el tribunal no accederá a las pretensiones tercera y cuarta no es del caso pronunciarse sobre esta excepción. Sin embargo debe dejarse en claro que la competencia del tribunal radica en la vinculación que el demandante hizo de las pretensiones y los hechos invocados, con el contrato de garantía que contiene la cláusula compromisoria. En ese sentido la denegación de la pretensión no implica que el tribunal no tenía competencia. Todo lo contrario, ello lo que significa por principio, precisamente, es que los árbitros tenían competencia para tomar la decisión correspondiente. De lo contrario, siempre que un tribunal de arbitramento estableciera que no existe la obligación demandada, ello implicaría el reconocimiento de su falta de competencia, cuando lo cierto es que la habilitación de los árbitros cobija la definición de la litis tanto para establecer que existe la obligación como para indicar que no existe.

8.8. Inexistencia de daño – Falta de prueba:

Adicionalmente, en sus escritos de excepciones, la convocada se refiere a la “Inexistencia de daño – Falta de prueba”, que estructura sobre el presupuesto de que ni los garantes ni los accionistas vendedores han causado daño alguno que deban indemnizar, ni haber Corficolombiana demostrado haber sufrido daño alguno, ni aportado prueba sobre la cuantía de un daño eventual.

De los términos del contrato de garantía, no se desprende que la existencia de un daño y de su prueba, sea requisito previo para que el tribunal pueda pronunciarse sobre las controversias concernientes al citado contrato. No encuentra tampoco el tribunal que en las declaraciones y condenas solicitadas por la convocante, exista alguna tendiente a que se declare o reconozca la presencia de un daño, ni mucho menos que, consecencialmente, se ordene indemnización de naturaleza alguna.

8.9. Improcedencia del hecho nuevo:

Finalmente, en el escrito de alegaciones se refiere el excepcionante a la improcedencia del hecho nuevo consistente en la demanda de Castiblanco.

Se hace consistir este argumento en que, apenas en septiembre de 2004, se hicieron llegar al expediente copias de la demanda impetrada ante el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá por Gonzalo Castiblanco C. contra Constructora Akoa, por lo que debe excluirse del alcance de la competencia fijada para el tribunal, con el agravante de que si el tribunal se ocupa de considerar la demanda en cuestión, ello implicaría violación del derecho de defensa y contradicción.

Sobre el particular, basta reiterar que la competencia del tribunal se circunscribe a pronunciarse sobre cualquier controversia que surja en virtud del convenio correspondiente al contrato de garantía de 24 de julio 1998, que en los términos ya expresados en este laudo, se circunscribe a pronunciarse sobre los eventos cubiertos por la garantía y específicamente sobre una presunta contingencia o un pasivo oculto derivados de la asunción de la obligación de entregar a Gonzalo Castiblanco C. un “de mil novecientos metros cuadrados (1900,00 m²), área destinada a oficinas la cual será asignada en los pisos tercero (3º) y cuarto (4º) del proyecto y treinta y ocho (38) garajes” del Proyecto Business Center 127 (E.P. 4034 del 29 de julio de 1994, de la Notaría 42 del Círculo de Bogotá), asunción prevista en la oferta que suscribió Progreso el 22 de diciembre de 1997 y pactada el 29 de diciembre de 1997 como obligación de Progreso en la dación en pago de los derechos fiduciarios que a la sociedad Proyectos Inmobiliarios Ltda. le correspondían dentro del fideicomiso de administración denominado ADM-BC127 constituido con Fiduciaria Alianza S.A.

Cualquier referencia en esta providencia a esta demanda no significa en modo alguno que se apele a su existencia para fundar el laudo. Simplemente es una referencia útil en consonancia con lo expuesto sobre el particular por la

misma parte convocada.

9. Objeción parcial al dictamen pericial por error grave.

Con escrito radicado el 1º de octubre de 2004 el apoderado de la parte convocante formuló objeción por error grave a la respuesta dada por el perito contador a la 2ª pregunta de la solicitud de aclaración y complementación formulada por la parte convocada con motivo del traslado del dictamen inicial, en la que se le solicitaba indicar “... si al registrar los derechos fiduciarios sobre el fideicomiso ADM BC-127 como bienes recibidos en dación en pago por parte de Progreso Corporación Financiera S.A., en su momento, la entidad cumplió en debida forma con las instrucciones de la (*) Superintendencia Bancaria”.

En su respuesta el perito afirma que, “Adelantadas las evaluaciones a la información suministrada por Progreso Corporación Financiera S.A. (hoy Corporación Financiera Colombiana S.A.), y con base en los documentos que se adjuntaron bajo el anexo 01 del dictamen pericial del 5 de agosto de 2004, se conceptúa, que:

“Al registrar los derechos fiduciarios sobre el fideicomiso ADM BC-127 como bienes recibidos en dación en pago por parte de Progreso Corporación Financiera S.A., en su momento, la entidad cumplió en debida forma con las instrucciones de la (*) Superintendencia Bancaria”.

La objeción la hace consistir el apoderado de la parte convocante en que la respuesta “no es completamente correcta”, porque el perito la dio fundado en la información suministrada por Progreso, lo cual afirma no es cierto, y porque de esa información y de sus anexos no se desprende que la entidad haya cumplido con las disposiciones de la (*) Superintendencia Bancaria.

En efecto, en cuanto hace referencia a la información suministrada por Corficolombiana, el objetante indicó: “Que revisada la contabilidad de enero de 1998 de Progreso Corporación Financiera S.A. hoy Corporación Financiera Colombiana S.A. en lo que hace referencia a los registros contables originados en la dación en pago recibida de Proyectos Inmobiliarios S.A. correspondientes a los derechos fiduciarios sobre el fideicomiso ADM BC-127, se encontró que aunque en la cuenta 171005 se registró la dación, dicho registro fue incompleto toda vez que no dio aplicación estricta al artículo 36 del Decreto 2649 de 1.993 en concordancia con la Resolución 3600 de 1988, PUC Financiero de la (*) Superintendencia Bancaria.

Con motivo del traslado de la objeción el apoderado de la parte convocada manifestó que las observaciones del objetante tan solo revelan que no le agradaron las conclusiones del perito; que aquel no suministró las explicaciones que permitan entender los motivos de su inconformidad; que es insólito aducir como prueba del supuesto error del dictamen la certificación expedida por la propia parte convocante; que lo planteado por el objetante no corresponde a lo que la jurisprudencia ha entendido como error grave y que el perito tuvo a disposición la información proveniente de la propia convocante y sus propios conocimientos técnicos.

El tribunal encuentra que la respuesta que fue tachada de errónea por el perito no fue fundada en la información suministrada por Progreso, hoy Corficolombiana. Lo que el perito manifestó fue que “Adelantadas las evaluaciones a la información suministrada por Progreso Corporación Financiera S.A. (hoy Corporación Financiera Colombiana S.A.), y con base en los documentos que se adjuntaron bajo el anexo 01 del dictamen pericial del 5 de agosto de 2004, se conceptúa, que ... ‘Al registrar los derechos fiduciarios sobre el fideicomiso ADM BC-127 como bienes recibidos en dación en pago por parte de Progreso Corporación Financiera S.A., en su momento, la entidad cumplió en debida forma con las instrucciones de la (*) Superintendencia Bancaria”, lo cual es cosa distinta.

Es decir, la respuesta del perito no tiene fundamento en la información suministrada por la convocante sino en la evaluación que hizo de tal información, así como de los demás documentos mencionados, lo que de por sí desvirtúa la objeción en lo que hace referencia al primer argumento de la convocante.

En cuanto al segundo argumento, según el cual, de la información provista por Corficolombiana y de sus anexos no se desprende que la entidad haya cumplido con las disposiciones de la (*) Superintendencia Bancaria, le es imposible al tribunal pronunciamiento alguno teniendo en cuenta que, como lo hizo ver el apoderado de la parte convocada, no se explicó el fundamento de la objeción.

No obstante lo anterior, debe hacer notar el tribunal, adicionalmente, que el perito aludió en su respuesta en cuestión al adecuado registro de la dación en pago de los derechos fiduciarios. No al registro contable de las obligaciones que emanaban de ella, sobre lo cual no se le requirió, entre las cuales se encontraba la obligación asumida respecto del señor Castiblanco, como lo alega el objetante. Por lo que mal podría consistir en un error del dictamen.

En consecuencia se tendrá por no demostrada la objeción por supuesto error grave.

CAPÍTULO VII

Costas

Como quiera que solo la mitad de las pretensiones formuladas fueron acogidas en el laudo, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal se abstendrá de condenar en costas, por lo cual cada parte asumirá los gastos en que ha incurrido.

Fallo arbitral

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. Tener por no probadas las tachas formuladas a los testigos por las partes.

Segundo. Tener por no probada la objeción por error grave formulada al dictamen pericial.

Tercero. Declarar que la contingencia derivada de la asunción de la obligación de entregar a Gonzalo Castiblanco C. un “de mil novecientos metros cuadrados (1900,00 m²), área destinada a oficinas la cual será asignada en los pisos tercero (3°) y cuarto (4°) del proyecto y treinta y ocho (38) garajes” del Proyecto Business Center 127 (E.P. 4034 del 29 de julio de 1994, de la Notaría 42 del Círculo de Bogotá), asunción prevista en la oferta que suscribió Progreso el 22 de diciembre de 1997 y pactada el 29 de diciembre de 1997 como obligación de Progreso en la dación en pago de los derechos fiduciarios que a la sociedad Proyectos Inmobiliarios Ltda. le correspondían dentro del fideicomiso de administración denominado ADM-BC127 constituido con Fiduciaria Alianza S.A., hace parte del contrato de garantía que Invercolsa S.A. en liquidación, Inversiones Walkiria S.A., Delima Marsh S.A., Inverdel Medellín Limitada en liquidación, Inverdel Bogotá Ltda. en liquidación, Prisma S.A., Inverdel Barranquilla Limitada en liquidación, Inverdel Pereira Ltda. en liquidación, Inverdel Manizales Ltda. en liquidación, Inverdel Bucaramanga Ltda. en liquidación y Colinsa S.A. en liquidación suscribieron con la Corporación Financiera de los Andes S.A., hoy Corporación Financiera Colombiana S.A.

Cuarto. Declarar que, en caso de que llegue a hacerse efectiva a cargo de la Corporación Financiera Colombiana S.A. la anterior contingencia, las demandadas, Invercolsa S.A. en liquidación, Inversiones Walkiria S.A., Delima Marsh S.A., Inverdel Medellín Limitada en liquidación, Inverdel Bogotá Ltda. en liquidación, Prisma S.A., Inverdel Barranquilla Limitada en liquidación, Inverdel Pereira Ltda. en liquidación, Inverdel Manizales Ltda. en liquidación, Inverdel Bucaramanga Ltda. en liquidación y Colinsa S.A. en liquidación, son llamadas a responder solidariamente ante la demandante, Corporación Financiera Colombiana S.A.

Quinto. Denegar las pretensiones tercera y cuarta de la demanda.

Sexto. Declarar que no hay condena en costas.

Néstor Humberto Martínez Neira, presidente—Luis Helo Kattah, árbitro—Rodrigo Noguera Calderon, árbitro.
