

CÁMARA DE COMERCIO DE
CARTAGENA

LAUDO ARBITRAL

TOMO V

(2017-2018)

CENTRO DE ARBITRAJE Y
CONCILIACIÓN

Cartagena de Indias D. T y C

2018

CONTENIDO

- 1. NORMAN DAVID SEABERG CON STEPHAN JAROUDI**
- 2. DORIS CHARRIS CON CASA FECCI**
- 3. CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CON JOSE ALBERTO GOMEZ**
- 4. POLYBAN INTERNACIONAL S.A contra ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA S.A. (ZOFRANCA S.A.), PATRIMONIO AUTÓNOMO ZEUZ INVESTMENTS INC SUCURSAL COLOMBIA CARTAGENA SHIRMP CO. S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ, Y COMAI LTDA.**
- 5. GAM CONSTRUCCIONES SAS CON DISTRITO DE CARTAGENA**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
DE NORMAN DAVID SEABERG CON STEPHAN JAROUDI

FECHA LAUDO: 18 de octubre de 2017.

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DEL TRIBNAL

PARTE CONVOCANTE: NORMAN DAVID SEABERG

PARTE CONVOCADA: STEPHAN JAROUDI

FECHA LAUDO: 18 de octubre de 2017

ÁRBITRO (S): NESTOR DAVID OSORIO MORENO

SECRETARIO (A): HELENE ELIZABETH ARBOLEDA DE EMILIANI

TEMAS: Contrato de mandato comercial: naturaleza, alcance y régimen jurídico; obligaciones del mandatario; elementos de la responsabilidad civil contractual; incumplimiento del contrato de mandato;

RESUMEN TEMÁTICO: *El contrato de mandato comercial y la responsabilidad civil contractual por su incumplimiento.* El contrato de mandato comercial es un negocio jurídico de gestión que consiste en que el mandatario se encarga de adelantar, celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta del mandante, lo cual puede o no conllevar la representación de este último. Se resalta que la esencia del contrato de mandato se encuentra determinada por la confianza recíproca entre quienes lo celebran.

A partir de lo anterior, el incumplimiento de este negocio jurídico por parte de alguno de los intervinientes, puede acarrear la determinación de la responsabilidad civil contractual, la cual surge al acreditarse los siguientes elementos: *a.* La existencia de un contrato; *b.* El incumplimiento de una obligación a cargo del sujeto a quien se le imputa; *c.* El daño sufrido por el acreedor; *d.* Un criterio de atribución de responsabilidad; *e.* Y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

En el caso bajo estudio se acreditaron los elementos necesarios para determinar la responsabilidad civil contractual del mandatario, pues se probó la existencia de un contrato el cual es el de mandato comercial; el incumplimiento del objeto contractual y las actividades propias del negocio jurídico encomendado al mandatario, que para el caso en concreto fue la negociación, compra de vehículos de servicio público a nombre del mandante, ni tampoco cumplió con la inscripción de los mismos en la proporción del 50% de cada vehículo a nombre del mandante y mucho menos dio informe del avance de los negocios; por su parte al no haberse realizado la gestión que se esperaba del mandatario, en relación con los dineros entregados por parte de mandante, resulta evidente el daño patrimonial del acreedor; según el artículo 2155 del Código civil, el mandatario responde hasta por la culpa leve, lo cual se constituye en un criterio de atribución de responsabilidad; y finalmente existe nexo de causalidad entre el incumplimiento del mandatario y el daño sufrido por el mandante.

REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES.

NORMAS: Código Civil artículos 2142 y siguientes; Código de Comercio artículos 20 y siguientes; 822; 1262 y siguientes; Decreto 1809 de 1990 artículo 88; Código General del Proceso artículos 78, 96, 97, 169 y 170, 176, 265, 280; Ley 769 de 2002

JURISPRUDENCIA:

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA. Magistrado Ponente: JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ. Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho (24/08/1998). Referencia: Expediente No. 4821
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL MP.ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO. Radicación n.º 08001-31-03-010-2010-00254-01.Bogotá, D. C., veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. M.P.ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. Rad. No. 11001-31-03-024-2009-00429-01. Sentencia del tres (3) de septiembre de dos mil quince (2015).

DOCTRINA:

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Tomo I. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1987. pág. 42.
- SANÍN GÓMEZ, Juan Esteban. El contrato de mandato: consideraciones jurídicas, tributarias y contables. Revista de Derecho Fiscal n.º 8 • enero-junio de 2016. Universidad Externado de Colombia.

TRANSCRIPCIÓN DEL LAUDO

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE NORMAN DAVID SEABERG CON STEPHAN JAROUDI

Cartagena de Indias D. T y C. dieciocho (18) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Habiéndose surtido la totalidad de las actuaciones procesales que prescribe la ley 1563 del 2012 y en lo pertinente, las consagradas en el Código General del Proceso, procede el presente Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre Norman David Seaberg, como parte demandante, con Stephan Jaroudi, como parte demandada, a proferir el laudo arbitral que resuelve las diferencias que han sido sometidas a estudio, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

ANTECEDENTES

I. PACTO ARBITRAL

La habilitación del Tribunal proviene de la ley 1563 del 2012 y del pacto arbitral contenido en la cláusula décimo primera del contrato de mandato celebrado entre las partes el 24 de mayo del 2012, visible a folios 11 a 13 del expediente, en el cual el señor Norman David Seaberg ostenta la calidad de Mandante y el señor Stephan Jaroudi de mandatario, que bajo el título “Cláusula Compromisoria”, tiene el siguiente tenor:

“Salvo para el recaudo de obligaciones dinerarias, mediante procesos ejecutivos, las diferencias que surjan entre las partes por causa de este contrato, su ejecución, terminación o interpretación, o con ocasión del mismo, y que no pudieren ser resueltas en forma directa por ellas, serán sometidas a la decisión de un (1) árbitro designados por las partes de común acuerdo o, si no lograren tal acuerdo, por el Centro de Conciliación y Arbitraje Soluciones Pacíficas con sede en Cartagena de Indias. El árbitro se sujetará al procedimiento y reglamento de dicho Centro de Conciliación, o en su defecto al previsto en la ley, y el fallo que dicten será en Derecho.”

PARAGRAFO. En defecto del referido Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, por cualquier causa, se acudirá al que opera en la Cámara de Comercio de Cartagena”.

II. PARTES PROCESALES Y SU REPRESENTACIÓN

Demandante: Norman David Seaberg, mayor de edad e identificado con Cédula de Extranjería 412.636, con domicilio en la ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C.

Demandado: Stephan Jaroudi, mayor de edad e identificado con Cédula de Extranjería 353.222, con domicilio en la ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C.

La parte demandante compareció al proceso arbitral representada por los doctores María Fernanda Escobar Díaz, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.100.395.787 y tarjeta profesional No. 247.028 del Consejo Superior de la Judicatura y Sergio Andrés Palencia Lara, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.100.396.014 y tarjeta profesional No. 263.258 del Consejo Superior de la Judicatura, a quienes se les reconoció personería para actuar mediante auto No. 01 proferido en audiencia de fecha 29 de diciembre del 2016 y auto No. 04 proferido en audiencia del 22 de marzo del 2018, respectivamente. (Folios 81-82 y 110 a 114).

III. LA DEMANDA ARBITRAL

Mediante escrito visible a folios 3 a 9 del expediente, recibido el 18 de noviembre del 2016, en la secretaria del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, el señor Norman David Seaberg a través de apoderado judicial solicitó la integración de un Tribunal de Arbitramento y presentó demanda arbitral contra el señor Stephan Jaroudi.

- Los hechos de la demanda, tomados literalmente del libelo demandatorio son los siguientes:
 1. *El señor NORMAN DAVID SEABERG y el señor STEPHAN JAROUDI. Celebraron contrato de mandato, el día 24 de Mayo del año 2012.*
 2. *El objeto del contrato consistía en que el señor STEPHAN JAROUDI, en su calidad de Mandatario, actuaría en nombre y representación del señor NORMAN DAVID SEABERG, quien sería para este asunto el Mandante, para que en su nombre y representación realizara las actividades de negociación y compra de vehículos de servicio público habilitados para operar en Colombia. Los vehículos a adquirir serían comprados con recursos propios del Mandante y Mandatario, en una proporción del cincuenta por ciento (50%) cada uno, convirtiéndose estos en propietarios de estos vehículos en la misma proporción, con el fin de conformar una “sociedad” en donde se repartirían las ganancias o utilidades generadas por los vehículos que se adquirieran, en un 50 % para cada uno.*
 3. *El Mandatario señor ESTEPHAN JAROUDI, pondría un capital igual que al del señor NORMAN DAVID SEABERG, en donde ambos aportarían la misma suma de dinero para adquirir dichos vehículos de servicios público y tendrían la misma proporción o porcentaje de ganancias o utilidades que generarán dichos vehículos.*
 4. *Tal y como lo reza el CONTRATO DE MANDATO de fecha 24 de mayo de 2012, en el párrafo tercero de la cláusula primera, mi representado el señor NORMAN DAVID SEABERG, le entrego al señor*

STEPHAN JAROUDI la suma de VEINTIDOS MILLONES DE PESOS CMTE (\$22.000.000) a la firma del mencionado Contrato de Mandato, con el fin de que se iniciaran las actividades encargadas de negociación y compra del primer vehículo de servicio público. El Mandante se comprometió a hacer transferencias futuras para la compra de los vehículos de servicios, en la medida en que el Mandatario se lo requiriera.

5. Para el día 04 de Marzo de 2013, según lo manifestado por el Demandado, habían adquiridos los siguientes vehículos de servicios públicos y que concuerda con la constancia firmada por el señor NORMAN DAVID SEABERG y el señor STEPHAN JAROUDI, en la cual se relacionaban los vehículos adquiridos a esta fecha, con los recursos entregados por el Mandante. A continuación la relación con Placas y precios de los vehículos de servicios públicos adquiridos para esta fecha:

| PLACAS | VALOR |
|---------|--------------|
| XVL398 | \$75.000.000 |
| UAQ 322 | \$45.000.000 |
| UAK 463 | \$75.000.000 |
| SPH 721 | \$56.000.000 |
| UAR 769 | \$74.000.000 |
| UAP 048 | \$42.500.000 |
| UAP 037 | \$43.320.000 |
| UAL 239 | \$80.000.000 |

PARA UNA INVERSION TOTAL DE \$ 490.820.000

6. De acuerdo al oficio de fecha 11 de julio de 2016 emitido por DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE CARTAGENA, los vehículos automotores de placas UAQ322; UAK463; SPH721; UAR769; UAP048 y UAP037, fueron transferidos por el señor JAROUDI a terceros, sin autorización alguna del señor NORMAN SEABERG. Solo los vehículos de placas UVL 398 y UAL 239 están a nombre del señor JAROUD.

7. Mi representado NORMAN DAVID SEABERG, mediante transferencias bancarias a favor del señor STEPHAN JAROUDI, entregó la suma de DOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$245.410.000), para la adquisición de estos vehículos, más la suma VEINTIDOS MILLONES DE PESOS (\$22.000.000), que recibió el día 24 de Mayo de 2012, para una totalidad de DOCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$267.410.000), dinero correspondiente al aporte para la inversión de la compra de dichos vehículos.

8. Teniendo en cuenta que, en virtud del Contrato de Mandato suscrito por mi representado y el Demandado, NORMAN DAVID SEABER, le ha solicitado en innumerables ocasiones al señor STEPHAN JAROUDI, la rinda las cuentas del negocio o actividades que encargó al Mandatario y sobre todo del dinero entregado de buena fe, para el cumplimiento del objeto contractual del mencionado Contrato de Mandato. El Demandado ha hecho caso omiso a las innumerables solicitudes de rendición de cuentas que le ha hecho mi representado sumiendo actitudes agresivas frente a este.

9. Es de gran importancia precisar que a la fecha de la presentación de este escrito ante su despacho, El Señor STEPHAN JAROUDI desde el año 2012, año en que se celebró el Contrato de Mandato, JAMAS ha rendido cuentas del dinero que le entrego el señor NORMAN SEABERG, el cual es una suma considerable y mucho menos ha entregado a mi representado utilidad o rendimiento alguno en la proporción acordada, luego de cuatro largos años de entregado el dinero.
10. Mi representado, el señor NORMAN DAVID SEABERG, citó en dos (2) oportunidades al señor STEPHAN JAROUDI al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición SOLUCIONES PACIFICAS, ubicado en la ciudad de Cartagena, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula Compromisoria del contrato de Mandato. La primera audiencia de Conciliación fue fijada para el día 17 de febrero de 2016 a las 2:30pm, la cual no se pudo realizar debido a que la parte convocada presento justificación para no asistir. Se fijó una segunda fecha para llevar a cabo la Audiencia de Conciliación el día 18 de marzo de 2016 a las 2:30pm, en la cual el señor JAROUDI tampoco se presentó sin allegar justificación alguna, por lo cual el Centro de Conciliación levanta un Acta de Inasistencia de la parte convocada de fecha 29 de marzo de 2016. Se agotó este trámite teniendo en cuenta que la Conciliación es un mecanismo alterno de solución de conflicto y es requisito de procedibilidad para impetrar una demanda. Artículo 38 de la ley 640 de 2001, modificado por el artículo 621 del CGP.
11. Han pasado más de cuatro (4) años y el Sr. JAROUDI no le ha dado razón del dinero entregado por mi poderdante y mucho menos de las utilidades generadas en la proporción acordada en el Contrato de Mandato.
12. como podemos ver, el Sr. JAROUD incumplió totalmente sus obligaciones como mandatario y de manera fraudulenta abusar de la confianza y dineros entregados por el Sr. NORMAN SEABERG: 1. Al no expresar al momento de las negociaciones, compra y traspaso de los vehículos automotores que actuaba como mandatario del señor NORMAN SEABER; 2. Al no registrar al señor NORMAN SEABER como propietario en la proporción acordada, de los vehículos comprados en razón del Contrato de Mandato suscrito; 3. Al transferir la titularidad de los Vehículos de placas UAQ322; UAK463; SPH721;UAR769; UAP048 y UAP037, sin autorización alguna del señor NORMAN SEABERG; 4. Al negarse reiteradamente a rendir cuentas de los dineros entregados y de los trabajos encomendados por el Mandante, cuando así este lo requirió.
13. En la cláusula N° 11 del Contrato de Mandato de fecha 24 de mayo de 2012, las partes pactaron cláusula compromisoria para dirimir sus posibles conflictos, razón por la cual se acude a la presentación de esta demanda.
- Las pretensiones de la demanda, son las siguientes:
 1. Declarar el incumplimiento del contrato de Mandato de fecha 24 de mayo de 2012 por parte del Demandado, en su calidad de mandatario y responsable de los dineros recibidos para la adquisición de los vehículos de servicios públicos anteriormente relacionados.
 2. Declarar la resolución del contrato de Mandato de fecha 24 de mayo de 2012.
 3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene al DEMANDADO a restituir al DEMANDANTE la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL PESOS M/CTE (\$267.410.000.00), valor que fue entregado por el DEMANDANTE al DEMANDADO en virtud del contrato de Mandato de fecha 24 de mayo de 2012.
 4. Condenar en perjuicios al DEMANDADO intereses corrientes sobre la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL PESOS M/CTE (\$267.410.000.00) desde el 24 de mayo de 2012, fecha en la que se suscribió el contrato de mandato hasta la fecha de proferido el laudo arbitral que decide esta controversia.

5. *Condenar al DEMANDADO en costas del proceso y Agencias en derecho.*

IV. ETAPA INICIAL

1. Nombramiento de Árbitro Único y Secretaria del Tribunal

En el Centro del Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, el día 25 de noviembre del 2016, se celebró la Audiencia de nombramiento de Árbitro Único, designación que se efectuó al doctor Nestor David Osorio Moreno, mediante sorteo. (Folios 54-55)

Luego de la aceptación de la designación del Árbitro Único, el Tribunal se instaló legalmente en audiencia realizada el 29 de diciembre del 2016 (Folios 81-82).

Dentro de la mencionada audiencia, entre otro tipo de decisiones, se nombró a la doctora Helene Elizabeth Arboleda de Emiliani como Secretaria del Tribunal, quien hace parte integrante de la lista de Secretarios que para el efecto señaló la Cámara de Comercio de Cartagena, y se reconoció personería para actuar a la apoderada del demandante.

2. Admisión de la demanda arbitral

Sobre la admisión de la demanda arbitral, el Tribunal se pronunció mediante auto No. 2 proferido en audiencia celebrada el 13 de enero del 2017. En el auto admisorio, se le concedió el término legal al demandado para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la ley 1563 de 2012, y se ordenó la respectiva notificación al demandado, en la dirección electrónica suministrada por la parte demandante. (Folios 90-91).

El auto admisorio de la demanda fue notificado por aviso enviado al demandado vía mensaje de datos a la dirección electrónica saljaroudi@aol.com, el día 10 de febrero de 2017 y recibido por el destinatario el día 14 de febrero de 2017. (Folios 99 a 102).

El demandado presentó un escrito que no reúne los requisitos de la contestación de demanda, señalados en el artículo 96 del Código General del Proceso, y en consecuencia, se tuvo por no contestada la demanda arbitral.

Posteriormente, una vez vencido el término de traslado de la demanda y luego de trabada la Litis, mediante auto No. 3, se citó a las partes a la audiencia de conciliación, la cual se celebró el día 22 de marzo del 2017, declarándola fracasada mediante auto No. 5, por cuanto el demandado no concurrió a la audiencia. (Folios 104 a 105 y 110 a 114).

3. Estimación Económica Del Proceso

La cuantía del presente trámite, fue determinada en la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$267.410.000.oo) M/L, teniendo en cuenta lo señalado por el demandante en el juramento estimatorio y en aplicación a lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 25 de la ley 1563 del 2012, en los términos del Auto No. 6, proferido en audiencia de fecha 22 de marzo y corregido mediante Auto No. 7 dictado en audiencia realizada el 4 de abril del 2017, por medio de los cuales, se fijaron los costos del tribunal en la suma de VEINTE MILLONES CINCUENTA MIL CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES (\$20.050.173.oo) (Folios 110 a 114 y 118 a 120).

Dentro del término establecido en el artículo 31 de la ley 1563 del 2012, solamente la parte demandante cumplió con la carga procesal de pagar la totalidad de las sumas decretadas, a órdenes del Árbitro Único.

4. Clase De Arbitraje y Sede.

El presente trámite, corresponde a un arbitraje de carácter institucional por decisión de las partes, en el que se debaten controversias que versan sobre derechos de contenido eminentemente patrimonial, de conformidad con lo expresado en el libelo introductorio.

El laudo será proferido en Derecho y la sede indicada es el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena.

V. TRAMITE ARBITRAL

1. Primera Audiencia de Trámite –Competencia del Tribunal

Mediante auto No. 9 proferido en audiencia del 12 de mayo de 2017, el Tribunal se declaró competente para tramitar y resolver en derecho las controversias contractuales existentes entre los señores Norman David Seaberg y Stephan Jaroudi. (Folios 135 a 141)

En esta misma oportunidad, el Tribunal se pronunció sobre las pruebas aportadas y solicitadas por la parte demandante en su correspondiente escrito de demanda, y las que de oficio estimó necesarias.

2. Pruebas decretadas

El Tribunal dispuso tener como pruebas, para ser apreciadas en su valor legal, los documentos aportados por la demandante como anexo a su libelo, relacionados bajo el acápite del mismo nombre (folios 7 y 8), que se enuncian a continuación:

1. *Copia autentica del Contrato de Mandato celebrado por los señores NORMAN DAVID SEABERG y STEPHAN JAROUDI, el día 24 de mayo de 2012. (Folios 11 a 13)*
2. *Copia de constancia de adquisición de los vehículos suscrito por los NORMAN DAVID SEABERG y STEPHAN JAROUDI, de fecha 4 de 2013. (Folio 14)*
3. *Cinco (5) folios de las transacciones bancarias realizadas al señor JAROUDI, por parte del señor SEABERG. (Folios 16 a 20)*
4. *Copia de la citación de conciliación solicitada por el señor SEABERG. (Folio 24)*
5. *Copia de la excusa presentada por el señor JAROUDI, al centro de conciliación Soluciones Pacíficas, de fecha del 15 de febrero de 2015. (Folio 25)*
6. *Constancia de inasistencia de fecha del 18 de marzo del año 2016, otorgada por el centro de conciliación Soluciones Pacíficas. (Folios 21 a 23)*
7. *Copia simple de Derecho de petición de fecha 23 de junio de 2016 dirigido al Departamento Administrativo de Transito de Cartagena. (Folio 31 a 32)*
8. *Respuesta a Derecho de Petición mediante Oficio de fecha 11 de julio de 2016, emitido por el Departamento Administrativo de Transito de Cartagena” (Folios 33 a 34).*

La parte demandada no solicitó pruebas.

En uso de las facultades conferidas por los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso, el Tribunal de oficio decretó como prueba, la traducción del idioma inglés al español, de los documentos aportados por la demandante como anexo a su demanda, visibles a folios 16 a 20 del expediente y para ello, designó como

Perito Traductor al señor Sergio Andrés Rivera Montañó, quien presentó su respectivo trabajo y fue puesto a disposición de las partes sin que se pronunciaran sobre el mismo. (Folios 143 a 148)

La parte demandante canceló al experto, los honorarios fijados por el Tribunal (folio 170).

3. Medidas Cautelares

Por solicitud de la demandante y cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 32 del estatuto arbitral y 590 del Código general del Proceso, en los términos del Auto No. 12 dictado en audiencia realizada el 30 de mayo del 2017, el Tribunal decretó el embargo de un bien inmueble de propiedad del demandado, identificado jurídicamente con el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-21626.

La oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, mediante oficio No. ORIPCART0602017EE005199 del 14 de julio de 2017, radicado el 28 de agosto de 2017 en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, informó que la medida decretada dentro del presente trámite arbitral fue debidamente inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-21626.

4. Audiencia de alegatos

El Tribunal profirió el auto No.14, dentro de la audiencia realizada el 30 de mayo del 2017, mediante el cual, dispuso citar a las partes a la audiencia para escuchar sus alegaciones el día 8 de junio del 2017, la cual fue aplazada por solicitud de la parte demandante y realizada el día 9 de agosto del 2017 (folios 154 a 159, 165 y 176).

El día 09 de agosto de 2017, se celebró la audiencia de alegaciones a la cual, solo concurrió el apoderado del demandante, quien en voz alta leyó su alegato e hizo entrega de su escrito, incorporado formalmente al expediente al igual que el audio. (Folio 177 a 187).

En esta misma audiencia, se señaló como fecha para la lectura del laudo arbitral el día 29 de septiembre del 2017 a las 3:00 p.m.

Posteriormente, mediante auto No. 18 proferido en audiencia celebrada el (22) de septiembre del año 2017, se ordenó señalar como nueva fecha y hora para la expedición del laudo arbitral, el día 18 de octubre del 2017 a las 3:00 p.m.

5. Temporalidad del laudo arbitral

Teniendo en cuenta que, en el texto del pacto arbitral contenido en la cláusula décimo primera del contrato que da origen a este proceso arbitral, no se fijó por las partes un término para la duración del trámite y siendo este un arbitraje de carácter institucional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 1563 del 2012, la duración es de seis meses (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite que tuvo lugar el 12 de mayo del 2017, en consecuencia, el término legal vence el 12 de noviembre del 2017, por lo que este Laudo Arbitral se profiere dentro del término legal correspondiente.

De acuerdo con lo anterior, llegada la fecha señalada para el efecto, se procede a proferir el **LAUDO ARBITRAL**, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

Observa el Tribunal que los presupuestos procesales, es decir, los requisitos formales necesarios e

indispensables para resolver el fondo del litigio, convergen en el presente proceso.

Así mismo, no existe duda sobre la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la controversia, y que la demanda, que suscito el presente proceso, reúne los requisitos legales de forma.

En relación con la competencia del Tribunal para conocer y decidir en derecho los asuntos sometidos a su estudio, fue abordada y declarada en la primera audiencia de trámite celebrada el doce (12) de mayo del 2017, sin que se interpusiera recurso contra el auto No. 9 proferido en el curso de la misma, quedando ejecutoriado en esa misma fecha.

En esta instancia, el Tribunal confirma su competencia en los mismos términos e iguales alcances del auto No. 9 proferido el doce (12) de mayo del 2017.

II. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

Teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 280 del Código General del Proceso, constituye uno de los requisitos formales de toda providencia judicial que el operador judicial realice una calificación de la conducta procesal de las partes y, para darle cumplimiento, precisa el Tribunal que en relación a la parte demandante, cumplió oportunamente con sus cargas procesales y observó los deberes y responsabilidades generales descritos en el artículo 78 del Código General del Proceso, colaboró para la práctica de las notificaciones, pruebas y diligencias decretadas, sin que de la actuación desplegada pueda deducirse indicio en su contra.

En relación a la conducta procesal de la parte demandada, como se expuso en los antecedentes del presente laudo, el mismo no concurrió ni cumplió con sus cargas procesales, cuyas consecuencias, serán abordadas en las consideraciones del presente laudo.

III. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver por este Tribunal, consistirá en determinar si:

¿Se configuran los elementos estructurantes de la responsabilidad civil contractual, teniendo en cuenta el presunto incumplimiento manifestado en la demanda?

Para resolver lo anterior, se abordará la naturaleza, alcance y régimen jurídico del contrato de mandato, los elementos de la responsabilidad civil contractual, y se procederá a su análisis frente a los supuestos fácticos probados dentro del presente proceso.

IV. NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE MANDATO

Considera el Tribunal, como marco esencial para la solución de fondo, determinar la naturaleza y régimen jurídico aplicable al contrato de mandato celebrado entre las partes el 24 de mayo del 2012, visible a folios 11 a 13 del expediente, en el cual Norman David Seaberg ostenta la calidad de mandante y Stephan Jaroudi la de mandatario.

La cláusula 1 del contrato celebrado, respecto al objeto del mismo, señala lo siguiente:

“Mediante este contrato, el MANDANTE encomienda al MANDATARIO, para que actuando en nombre y representación de aquel, a título de simple mandatario, realice las siguientes actividades: Negociar y comprar vehículos automotores de servicio público (tipo “taxi”, “van”, etc.) habilitados para

operar en Colombia, en una proporción del 50% del respectivo vehículo. Teniendo en cuenta lo anterior, en las compraventas que se hagan respecto a dichos vehículos, el MANDANTE figurará como propietario del 50% del respectivo vehículo, mientras que el MANDATARIO figurará como propietario del 50% restante. Así mismo, se estipula que en las compraventas aquí mencionadas, el MANDATARIO pagará su respectivo 50% con su propio patrimonio, y en su propio nombre.” (Cursivas fuera del texto).

El contrato de mandato es un negocio jurídico nominado y se encuentra regulado tanto en los artículos 2142 y subsiguientes del Código Civil, como en los artículos 1262 y siguientes del Código de Comercio.

Debe tenerse en cuenta que, el criterio para determinar si una u otra regulación le es aplicable, depende de si el encargo conferido por el mandato versa o no sobre actos de comercio. En el primer caso, le será aplicable al mismo la regulación comercial; de lo contrario, le sería aplicable la regulación civil.

Es de advertir que, en virtud de lo expuesto en el artículo 822 del Código de Comercio, salvo norma expresa en contrario, y a menos que por su naturaleza no sea aplicable tal analogía, se aplicarán a los contratos de mandato comercial las normas del Código Civil que sean compatibles con su esencia.

Ahora bien, dentro del presente asunto, tenemos que las partes del contrato en la cláusula novena del mismo, indicaron que corresponde a un contrato de naturaleza comercial, regido por las normas del código civil y del código de comercio.

Además, de los hechos de la demanda se observa que el objeto del contrato tiene la finalidad de que se materialice la constitución de una “sociedad”, en donde las partes se repartirían las ganancias o utilidades generadas por los vehículos que se adquirieran, en un proporción de 50 % para cada uno.

Teniendo en cuenta lo anterior, el contrato de mandato celebrado el 24 de mayo del 2012, es de naturaleza mercantil, debido a que se relaciona con supuestos que permiten darle la connotación de contrato comercial, en consonancia con lo señalado en los artículos 20 y subsiguientes del Código de Comercio.

Características del contrato de mandato de naturaleza comercial

Los artículos 1262 y siguientes del código de comercio, en el título XIII denominado “DEL MANDATO”, consagran la regulación del mandato comercial, desarrolla los elementos esenciales, naturales y accesorios del mismo y delimita la forma de perfeccionamiento, su revocabilidad, las obligaciones de las partes, entre otras.

Respecto a la definición del contrato, el artículo 1262 del Código de Comercio, consagra:

“El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.

El mandato puede conllevar o no la representación del mandante.

Conferida la representación, se aplicarán además las normas del Capítulo II del Título I de este Libro.” (Cursivas fuera del texto).

Por su parte, la doctrina ha señalado las características del contrato de mandato en el régimen comercial, de la siguiente manera:

El régimen comercial define el mandato como “un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra” (C. de Co. artículo 1262).

Dicha regulación establece que el mandato puede o no ser representativo y que por demás comprenderá los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento.

Así mismo, establece que el mandatario no podrá hacer de contraparte del mandante, salvo expresa autorización de este. En cuanto al derecho del mandatario a pagarse sus créditos con las sumas del mandante que tenga en su poder, este podrá hacerlo siempre que conserve la preferencia concedida en las leyes a los salarios y demás prestaciones provenientes de la relación laboral (C. Co., artículos 1263 y subsiguientes).

El mandato puede ser revocado total o parcialmente, a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mismo se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso solo podrá revocarse por justa causa; en los casos en que el mandato es terminado abusivamente, (tanto por el mandante como por el mandatario) se hará exigible la correspondiente indemnización de perjuicios. Respecto del mandato conferido, también en interés del mandatario o de un tercero, este no terminará por la muerte o inhabilitación del mandante.¹ (Cursivas fuera del texto).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia², se refirió al contrato de mandato mercantil, de la siguiente manera:

“El mandato comercial es aquel contrato por el cual una persona, denominada mandataria, se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra, llamada mandante (art. 1262 C. de Co.)

Por virtud de dicho pacto el mandatario se obliga primordialmente a cumplir la gestión encomendada, con la realización de los actos o negocios señalados por el mandante, labor en la cual debe ceñirse a sus instrucciones, contando en todo caso con la facultad para ejecutar los actos “... que sean necesarios para su cumplimiento” - art. 1263 ibídem -, es decir, los que de acuerdo a la naturaleza del encargo, resulten accesorios o complementarios del mismo.

En el desarrollo de su actividad debe proceder con la diligencia de un buen padre de familia, pues el art. 2155 del C.C. lo hace responsable hasta de la culpa leve, si el mandato es gratuito y más estrictamente cuando media remuneración, prescripción legal que resulta aplicable al mandato

¹ Sanín Gómez, Juan Esteban. El contrato de mandato: consideraciones jurídicas, tributarias y contables. Revista de Derecho Fiscal n.º 8 • enero-junio de 2016. Universidad Externado de Colombia.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA. Magistrado Ponente: JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ. Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho (24/08/1998). Referencia: Expediente No. 4821

mercantil, habida cuenta que los principios del derecho común comprenden los contratos de tal naturaleza, en todo aquello no previsto por el legislador mercantil, merced a la autorización que para el efecto consagran los arts. 2º y 822 de dicha normatividad.

Como consecuencia de la previsión legal mencionada, el mandatario debe ejecutar el encargo procurando en todo momento favorecer los intereses del mandante, lograr el mayor provecho con el menor costo, razón por la que debe disponer todas las providencias que habría adoptado aquel, de haberse encargado directa y personalmente de ejecutar la gestión.” (Cursivas fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, se observa que el contrato de mandato es un negocio jurídico de gestión y consiste en que el mandatario se encarga de adelantar negocios jurídicos, por cuenta del mandante.

Es de resaltar que, la esencia del contrato de mandato, se encuentra determinada por la confianza recíproca entre quienes lo celebran³.

Así las cosas, dentro del presente trámite arbitral, el contrato de mandato celebrado entre las partes el 24 de mayo del 2012, es de carácter comercial, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

V. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado los elementos que integran la responsabilidad civil contractual, en los siguientes términos:

“la demandante Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. procedió al pago de la indemnización, la fuente de esa obligación que se afirmó incumplida por Air Carrier Zona Franca S.A., se encuentra en el contrato de transporte que celebró con Intcomex Colombia Ltda., siendo, entonces, de linaje contractual la responsabilidad por la cual fue convocada al proceso.

Dicho concepto hace referencia -expuso Alessandri- a «la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto [art. 1.613]», con fundamento en que si «todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes [art. 1.602], justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause».⁴

En ese tipo de responsabilidad -lo ha indicado la jurisprudencia- es necesario demostrar la existencia del contrato celebrado entre las partes; el incumplimiento de una obligación preexistente a cargo del demandado; el daño sufrido por el acreedor; un factor de atribución de la responsabilidad, y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño (CSJ SC, 13 Mar 2013, Rad. 2006-00045-01), para luego sí establecer el monto de los

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL MP.ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO. Radicación n.º 08001-31-03-010-2010-00254-01. Bogotá, D. C., veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

⁴ [1] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Tomo I. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1987. pág. 42.

perjuicios, cuya indemnización, de acuerdo con el artículo 1613 del Código Civil, comprende el daño emergente y el lucro cesante. ...”⁵ (Cursivas y negritas fuera de texto).

De la jurisprudencia anterior, se colige con claridad que la responsabilidad civil contractual, surge si se acredita: (i) la existencia de un contrato, (ii) el incumplimiento de una obligación a cargo del sujeto a quien se le imputa, (iii) el daño sufrido por el acreedor, (iv) un criterio de atribución de la responsabilidad, (v) y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

VI. ANALISIS DEL CASO CONCRETO

Dentro del presente asunto, consideramos que se encuentran acreditados los elementos de la responsabilidad civil contractual, teniendo en cuenta que se vislumbra de manera suficiente y más allá de toda duda razonable, lo siguiente:

Es claro para este despacho, que existió un contrato de mandato suscrito el 24 de mayo de 2012, entre Norman David Seaberg, en calidad de mandante, y Stephan Jaroudi, en calidad de mandatario, y que en virtud del negocio jurídico anterior, el señor Jaroudi se obligó a realizar las actividades de negociación y compra de vehículos automotores de servicio público, habilitados para operar en Colombia, en una proporción del cincuenta por ciento (50%), del respectivo vehículo, y que en las compraventas que se realicen, el mandante figurará como propietario del cincuenta por ciento (50%) del respectivo vehículo, mientras que el mandatario figurará como propietario del cincuenta por ciento (50%) restante, como se aprecia en la cláusula 1 del contrato.

En el párrafo 3 de la cláusula mencionada, se señala que para comenzar la ejecución del contrato el mandante hará una transferencia al mandatario por valor de VEINTIDOS MILLONES DE PESOS (\$22.000.000)

Igualmente se probó que la parte demandante realizó transferencias bancarias a la parte demandada, como se observa en los comprobantes de transferencia aportados como anexo a la demanda arbitral visibles a folios 16 al 20, cuyo contenido en lengua extranjera, fue traducida al castellano, de acuerdo con la prueba de oficio ordenada por este Tribunal, que obra en folios 143 al 148.

Así mismo, se constató dentro del expediente que el 4 de marzo de 2013, las partes suscribieron un documento titulado constancia, en la cual, se señala que tanto mandante como mandatario eran propietarios, cada uno en un cincuenta por ciento (50%), de los vehículos identificados con las placas XVL 398, UAQ 322, UAK 463, SPH 721, UAR 769, UAP 048, UAP 048, UAP 037 y UAL 239.

De otra parte, obra en el expediente oficio del 11 de julio de 2016, emanado del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte DATT, que presenta una tabla de tres columnas, refiriéndose la primera a los siguientes números de placa XVL 398, UAQ 322, UAK 463, SPH 721, UAR 769, UAP 048, UAP 048, UAP 037 y UAL 239, otra a los propietarios y por último al estado, y de la cual, se evidencia, que no se indican como copropietarios a los señores Norman David Seaberg y el señor Stephan Jaroudi, sino únicamente al señor

⁵ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. Rad. No. 11001-31-03-024-2009-00429-01.** Sentencia del tres (3) de septiembre de dos mil quince (2015).

Stephan Jarondi (sic) como propietario de los vehículos XVL 398, UAP 048 y UAL 239, y terceras personas, como propietarias de los demás vehículos mencionados.

No obstante lo anterior, el documento del 4 de marzo de 2013, al que se hizo referencia anteriormente, y el oficio del 11 de julio de 2016 emitido por el DATT, no son pruebas idóneas para acreditar la propiedad de esos vehículos, teniendo en cuenta que la probanza de la titularidad sobre bienes automotores, se encuentra cobijada por un rigor formal específico, determinado por el legislador, que torna en insustituible al registro terrestre automotor, como prueba de la propiedad que recaiga sobre éstos.

Al respecto, es menester traer a colación lo dispuesto por el artículo 176 del Código General del Proceso, que reza:

Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

A su vez, el artículo 256 del mismo Código, señala lo siguiente:

Documentos ad substantiam actus. La falta del documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por otra prueba.

En consonancia con lo anterior, debe tenerse presente lo consagrado en el artículo 88 del Decreto 1809 de 1990, que señala:

“El registro terrestre automotor es el conjunto de datos necesarios para determinar la propiedad, características y situación jurídica de los vehículos automotores terrestres. En él se inscribirá todo acto o contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres para que surta efectos ante las autoridades y ante terceros.” (Cursiva nuestras).

El Honorable Consejo de Estado, sobre la idoneidad de la prueba, en relación con la titularidad de vehículos automotores, ha señalado lo siguiente:

En conclusión, sólo con la Ley 769 de 2002 la institución del registro de vehículos automotores, adquiere la plena calidad de ser constitutivo de la tradición, pues si bien con la entrada en vigencia del Código de Comercio se estableció dicha formalidad, ella no ofrecía claridad, ya que como se mostró generaba la discusión sobre si esta norma se aplicaba únicamente en el tráfico mercantil o si, por el contrario, era extensiva a los actos civiles. Pero en cuanto a la prueba de la propiedad, se concluye que con la entrada en vigencia del Decreto 1809 de 1990, el registro terrestre automotor es la prueba idónea para determinar la propiedad, toda vez que éste es el contentivo de todos los datos

*necesarios para tal efecto y, además, refleja la situación jurídica de los vehículos automotores terrestres.*⁶(Cursivas nuestras).

En oportunidad posterior, la misma Corporación, explicó:

*“La prueba idónea para acreditar la propiedad de un vehículo automotor, es la tarjeta de propiedad del vehículo, documento público que no puede ser sustituidos por otro, como lo prescribe el artículo 265 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que se trata de un requisito ad substantiam actus.”*⁷ (Cursivas nuestras).

De esa manera, es evidente que el documento privado suscrito por las partes del presente proceso el 4 de marzo de 2013 y el oficio del 11 de julio de 2016 emitido por el DATT, no constituye prueba idónea y válida para demostrar la titularidad de los vehículos a los que se hizo referencia.

Sin embargo, procederá el despacho a explicar el valor probatorio que atribuye, según su mérito, a esos documentos, en el sentido que, valorados en su conjunto con las demás pruebas obrantes en el proceso, conllevan a percibir claramente que la parte demandada incumplió con el contrato de mandato.

Observa el Tribunal, que el mandatario no dio cumplimiento al objeto del contrato de mandato, teniendo en cuenta que no realizó en nombre y representación del demandante, negocios y compra de vehículos automotores de servicio público, ni realizó la inscripción de los mismos en la proporción del cincuenta por ciento (50%), y tampoco informó ni rindió cuenta al mandante de la marcha de los negocios, habiendo recibido de éste sumas de dinero.

La información contenida en el documento del 4 de marzo de 2013, da cuenta de una supuesta ejecución del contrato de mandato, en la medida que en él se señala que tanto el señor Seaberg como el señor Jaroudi eran co-propietarios en igual porcentaje de varios vehículos de transporte público, sin embargo, con el oficio del 11 de julio de 2016, expedido por el DATT, se evidencia que en la base de datos de esa entidad, no figura como propietario de ninguno de esos vehículos el señor Seaberg.

Deja claro este Tribunal, tal como se explicó anteriormente, que los documentos mencionados no son idóneos para demostrar la propiedad de tales bienes, que permita a su titular hacer valer esa condición, en un escenario judicial.

Sin embargo, el objeto del proceso y las pretensiones de la demanda, no se centran ni derivan expresamente de acreditar esa condición, sino que, por el contrario, se relacionan con el incumplimiento de un contrato de mandato.

Así las cosas, aprecia el despacho que en la base de datos del DATT, se registran unos propietarios distintos a la parte demandante, evidenciando que el mandatario incumplió la realización del encargo que se había

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de Noviembre de 2012, Radicado 18535. Aclaración de Voto: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de enero de 2014,

confiado, y en consecuencia, es evidente que la parte demandada incumplió con obligaciones que emanaban del contrato de mandato celebrado con la parte demandante.

Al anterior raciocinio, también conduce la aplicación de las consecuencias procesales por la ausencia de pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del Código General del Proceso, así:

Contestación de la demanda. *La contestación de la demanda contendrá: (...)*

*2. Pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. **En los dos últimos casos manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciera así, se presumirá cierto el respectivo hecho.*** (Cursivas y negrillas nuestras).

Por su parte, el artículo 97 del mismo código, reza:

Falta de contestación o contestación deficiente de la demanda. *La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.* (Cursivas y negrillas nuestras).

Como se evidencio a lo largo del presente proceso arbitral, la parte demandada no realizó un pronunciamiento expreso y concreto sobre los hechos de la demanda, y por ende, deberán ser presumidos por ciertos los hechos susceptibles de confesión en la demanda.

Para efectos de explicar, los hechos que pueden presumirse por ciertos, se explicará a continuación la procedencia de la confesión.

La confesión, se encuentra regulada en el artículo 191 del Código General del Proceso, en los siguientes términos:

“Requisitos de la confesión. *La confesión requiere:*

- 1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.**
- 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.**
- 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.**
- 4. Que sea expresa, consciente y libre.**
- 5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.**
- 6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.**

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.” (Cursivas y negrillas nuestras).

De esa manera, son susceptibles de confesión, para los efectos de las consecuencias mencionadas, los hechos que reúnan las siguientes circunstancias: (i) que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre lo que resulte confesado, (ii) que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; (iii) que la ley no exija otro medio de prueba; (iv) que sean personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.

Analizando la demanda, y acorde con lo anterior, conviene hacer énfasis en los siguientes hechos de la demanda:

7. Mi representado NORMAN DAVID SEABERG, mediante transferencias bancarias a favor del señor STEPHAN JAROUDI, entregó la suma de DOCIENTOS (sic) CUARENTA Y CINCO MILLONES CUATROSCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$245.410.000), para la adquisición de estos vehículos, más la suma de VEINTIDOS MILLONES DE PESOS (\$22.000.000), que recibió el día 24 de Mayo de 2012, para una totalidad de DOCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROSCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$267.410.000), dinero correspondiente al aporte para la inversión de la compra de dichos vehículos.

8. Teniendo en cuenta que, en virtud del Contrato de Mandato suscrito por mi representado y el demandado, Norman David Seaber, le ha solicitado en innumerables ocasiones al señor Stephan Jaroudi, la (sic) rinda las cuentas del negocio o actividades que encargó al Mandatario y sobre todo del dinero entregado de buena fe, para el cumplimiento del objeto contractual del mencionado Contrato de Mandato. El demandado ha hecho caso omiso a las innumerables solicitudes de rendición de cuenta que le ha hecho mi representado sumiendo (sic) actitudes agresivas frente a este.

9. Es de gran importancia precisar que a la fecha de la presentación de este escrito ante su despacho, El Señor STEPHAN JAROUDI desde el año 2012, año en que se celebró el Contrato de Mandato, JAMAS ha rendido cuentas del dinero que le entrego el señor NORMAN SEABERG, el cual es una suma considerable y mucho menos ha entregado a mi representado utilidad o rendimiento alguno en la proporción acordada, luego de cuatro largos años de entregado el dinero.

De los hechos anteriores, puntualmente son susceptibles de confesión los supuestos fácticos siguientes:

(i) La entrega al demandado de *“la suma de DOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES CUATROSCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$245.410.000), para la adquisición de estos vehículos, más la suma de VEINTIDOS MILLONES DE PESOS (\$22.000.000), que recibió el día 24 de Mayo de 2012, para una totalidad de DOCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROSCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$267.410.000), dinero correspondiente al aporte para la inversión de la compra de dichos vehículos”;*

(ii) La omisión del demandado ante la *“las innumerables solicitudes de rendición de cuenta que le ha hecho”* el demandante; y

(iii) La conducta del demandado, quien *“JAMAS ha rendido cuentas del dinero que le entrego el señor NORMAN SEABERG, el cual es una suma considerable y mucho menos ha entregado (...) utilidad o rendimiento alguno en la proporción acordada, luego de cuatro largos años de entregado el dinero”.*

Sobre los planteamientos anteriores, procede la confesión, y en consecuencia, es dable tenerlos por cierto, a la luz de lo dispuesto en los artículos 96 y 97 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta que (i) el demandado tiene poder dispositivo sobre el derecho que resulte de la confesión, (ii) producen consecuencias jurídicas adversas al demandado, (iii) la ley no exige otro medio de prueba para probar dichos incumplimientos y (iv) son personales de a quien se aplicará la confesión, toda vez que debió tener conocimiento de los mismos, en su calidad de mandatario.

De esa manera, tiene por probado este Tribunal, que el demandado incumplió con las obligaciones que emanaban del contrato de mandato.

El anterior incumplimiento contractual, lleva implícito también, el incumplimiento de las siguientes obligaciones del mandatario, consagradas en el Código de Comercio, así:

ARTÍCULO 1266. LIMITES DEL MANDATO Y ACTUACIONES. *El mandatario no podrá exceder los límites de su encargo. (...)*

ARTÍCULO 1268. DEBER DE INFORMACIÓN. *El mandatario deberá informar al mandante de la marcha del negocio; rendirle cuenta detallada y justificada de la gestión y entregarle todo lo que haya recibido por causa del mandato, dentro de los tres días siguientes a la terminación del mismo.*

El mandatario pagará al mandante intereses por razón de la suma que esté obligado a entregarle, en caso de mora. (...)

ARTÍCULO 1271. PROHIBICIÓN DE USAR LOS FONDOS DEL MANDANTE. *El mandatario no podrá emplear en sus propios negocios los fondos que le suministre el mandante y, si lo hace, abonará a éste el interés legal desde el día en que infrinja la prohibición y le indemnizará los daños que le cause, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes al abuso de confianza.*

La misma regla se aplicará cuando el mandatario dé a los dineros suministrados un destino distinto del expresamente indicado. (Cursivas y negrillas nuestras)

De esa manera, al no haberse realizado la gestión que se esperaba del mandatario, en relación con los dineros entregados por la parte demandante, se hace evidente el daño patrimonial del acreedor, que asciende a la suma de dinero de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$267.410.000).

Aunado a lo anterior, no debe perderse de vista que los mandatarios responden por culpa leve, es decir, el proceder debió ser acorde con la diligencia de un buen padre de familia, de acuerdo con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de la siguiente manera:

“En el desarrollo de su actividad debe proceder con la diligencia de un buen padre de familia, pues el art. 2155 del C.C. lo hace responsable hasta de la culpa leve, si el mandato es gratuito y más estrictamente cuando media remuneración, prescripción legal que resulta aplicable al mandato mercantil, habida cuenta que los principios del derecho común comprenden los contratos de tal

naturaleza, en todo aquello no previsto por el legislador mercantil, merced a la autorización que para el efecto consagran los arts. 2 y 822 de dicha normatividad.”⁸

En ese orden de ideas, considera este Tribunal que se encuentran acreditados todos los elementos de la responsabilidad contractual, teniendo en cuenta que (i) existió un contrato de mandato, entre las partes; (ii) el demandado no cumplió con sus obligaciones como mandatario, (iii) el demandante sufrió como daño la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$267.410.000); (iv) el mandatario responde por culpa leve; (v) existe nexo de causalidad, entre el incumplimiento del mandatario y el daño sufrido por el mandante.

Como no encuentra el Tribunal probada ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 282 del Código General del Proceso – que indica que si el juez hallare probados hechos que constituyan una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, - no la declarará.

Por lo anterior, se dispondrá de conformidad con lo solicitado en la demanda, la resolución del contrato de mandato, la restitución de la suma de dinero entregada y el pago de los intereses remuneratorios legales, liquidados a la tasa indicada por la Superintendencia Financiera de Colombia pero no desde el 24 de mayo de 2012, fecha indicada por la demandante, sino desde el 4 de marzo del 2013 fecha en la que consta que el mandatario había informado al demandante de una supuesta ejecución que resultó no ser cierta, hasta la fecha de este laudo arbitral, como se explicó en las consideraciones de la presente providencia, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1271 del Código de Comercio.

El Tribunal de Arbitramento en relación con la pretensión de condena de intereses corrientes, dentro del presente proceso, efectuó el cálculo de los mismos de la siguiente manera:

Límites temporales:

- 04 de marzo de 2013
- 18 de octubre de 2017

Total días: 1665

Capital: 267.410.000

Tasa: 21,98% Anual

% Intereses: %101, 6575 = \$ 271.842.321

Total intereses: \$271.842.321

Teniendo en cuenta lo anterior, los intereses ascienden a la suma de: DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS VEINTIUN PESOS (\$271.842.321).

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA. Magistrado Ponente: JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ. Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho (24/08/1998). Referencia: Expediente No. 4821

VII. SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

El Tribunal de Arbitramento, respecto de las medidas cautelares decretadas en el presente trámite, ordenará el levantamiento de las mismas, hasta tanto quede en firme la providencia que resuelva el recurso de anulación, en el evento que sea interpuesto.

VIII. COSTAS

Habiendo sido vencida la parte demandada, frente a las pretensiones de la demanda, procederá la condena en costas de la misma, de conformidad con los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso, en cuanto precisan que sólo habrá lugar a Costas cuando aparezca en el expediente que se causaron y en la medida de su comprobación y que, en la misma providencia se fijará el valor de las Agencias en Derecho.

Como se observa de la parte considerativa de la presente providencia, prosperaron las pretensiones de la demanda y como hay constancia en el expediente de los pagos realizados por el demandante, por valor de VEINTITRÉS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUATRO PESOS (\$23.479.704), se condenará a la parte demandada a reembolsar a la demandante el 50% de dicho monto, al igual que el total cancelado ante el Centro de Conciliación al momento de presentar la demanda arbitral, que equivale a la suma de SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE (\$799.767), y que deberá ser cancelado por la parte demandada.

El Tribunal le expidió certificación de que trata el artículo 27 de la ley 1563 del 2017, para el reembolso al demandante del 50% del valor de los gastos generales del Tribunal, sufragados por ésta parte en nombre del demandado quien no cumplió con esta carga procesal.

Las agencias en derecho, entendida como los gastos derivados de la defensa judicial de quien resulta ganador en un determinado litigio, dadas las particularidades de este proceso, por ser de única instancia y haber prosperado las pretensiones de la demanda se fijarán conforme los lineamientos del Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura No. PSAA-10554 de fecha 5 de agosto del 2016 con referencia a procesos declarativos de única instancia, en una suma equivalente al 5% del valor de las pretensiones, por valor de VEINTISEIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS DIECISEIS MIL PESOS (\$26.962.616).

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar el incumplimiento del contrato de mandato celebrado el 24 de mayo de 2012 entre Norman David Seberg y Stephan Jaroudi, por incumplimiento del demandado, en su condición de mandatario.

SEGUNDO: Declarar la resolución del contrato de mandato mencionado en el numeral anterior.

TERCERO: Condenase a la parte demandada a restituir a la demandante la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$267.410.000,00) valor que fue entregado por el demandante al demandado en virtud del contrato de mandato de fecha 24 de mayo de 2012.

CUARTO: Condenase a la parte demandada a pagar al demandante la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS VEINTIUN PESOS (\$271.842.321), por concepto de intereses corrientes que se derivan de las sumas de dinero entregadas por éste, desde el 4 de

marzo de 2013, hasta la fecha en que fue proferido el laudo arbitral que decide esta controversia, en consonancia con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

QUINTO: Condénase a la parte demandada al reconocimiento y pago de costas y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, en la suma de ONCE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CIENTO Y DOS PESOS (\$11.739.852) y VEINTISEIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS DIECISEIS MIL PESOS (\$26.962.616) , respectivamente, de conformidad a lo indicado en la parte motiva del presente Laudo Arbitral.

SEXTO: Ordénase a la parte demandada a realizar el pago de las anteriores condenas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral.

SÉPTIMO: Decretase el levantamiento de la medida cautelar de embargo de inmueble identificado con el Folio de Matricula Inmobiliaria No. 060-21626 de propiedad del demandado, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente laudo. Por secretaría oficiase en tal sentido.

OCTAVO: Declarase causado el saldo final de los honorarios del árbitro único y de la secretaria del Tribunal, ordenando su pago. El presidente efectuará, en la oportunidad de ley, la liquidación final de gastos y de la misma rendirá cuenta razonada a las partes, efectuando la restitución de los saldos en el evento de que a ello hubiere lugar, conforme al artículo 28 de la Ley 1653 de 2012.

NOVENO: Ordenase la expedición y entrega de copia auténtica de este Laudo Arbitral a cada una de las partes, por Secretaría.

DÉCIMO: Ordenase la entrega del expediente al Centro de Arbitraje, Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena una vez quede en firme el Laudo Arbitral, para los efectos previstos en el artículo 47 de la ley 1563 del 2012.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

NÉSTOR DAVID OSORIO MORENO

ARBITRO ÚNICO

HELENE ELIZABETH ARBOLEDA DE EMILIANI

SECRETARIA

ACTA No. 12

El veintitrés (23) de octubre del año 2017, a las 05:00 p.m. en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, se reunió en audiencia, sin intervención de las partes, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre Norman David Seaberg como parte demandante y Stephan Jaroudi como parte demandada, con el fin de tomar decisiones de trámite.

Estuvieron presentes los doctores Néstor David Osorio Moreno y Helene Elizabeth Arboleda de Emiliani, en su calidad de Árbitro Único y Secretaria, respectivamente, mediante videoconferencia realizada entre los mismos.

INFORME SECRETARIAL

Abierta la audiencia, la Secretaria rindió el presente informe:

De la revisión del laudo arbitral proferido dentro del trámite arbitral de la referencia, se observa que, en el contenido del documento se incurrió en algunos errores involuntarios de transcripción y de palabras que deben ser corregidos.

Además, se encontró que en el laudo arbitral no se resolvió sobre la totalidad de las costas causadas en el proceso, y que de conformidad con la ley, debieron ser objeto de pronunciamiento expreso por parte del Tribunal.

El Tribunal atenderá el anterior informe secretarial, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

I. En relación con la corrección del laudo.

El artículo 286 del Código General del Proceso, en relación con la corrección de errores por omisión o cambio de palabras, en providencias judiciales, consagra:

“Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella. (Cursivas y negritas nuestras).

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que, resulta procedente, que el juez corrija de oficio los errores por omisión o cambio de palabras en los que se incurra en una providencia judicial.

En relación con el laudo arbitral, de oficio o a solicitud de parte, podrá ser corregido dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo señalado en el artículo 39 de la ley 1563 de 2012.

El artículo mencionado, dispone:

*“Aclaración, corrección y adición del laudo. **Dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, el laudo podrá ser aclarado, corregido y complementado de oficio; asimismo, podrá serlo a solicitud de parte, formulada dentro del mismo término.**” (Cursivas y negritas nuestras).*

Ahora bien, en el laudo arbitral proferido el 18 de octubre de 2017, se observa que se omitió una palabra en el valor en letras de los intereses que se ordenó pagar a la parte demandante, en la parte considerativa del laudo y en el artículo cuarto de la parte resolutive del mismo.

De igual manera, se evidencia que se omitió una letra al momento de digitar en el valor en letras contenido en el artículo quinto de la parte resolutive y al momento de escribir el apellido del demandante, en el artículo primero del laudo.

Así mismo, se incurrió en error involuntario en la transcripción del folio de matrícula inmobiliaria del bien inmueble de propiedad del demandado, que fue objeto de medida cautelar, en la parte resolutive y en los antecedentes contenidos en el laudo arbitral.

Es necesario advertir que, la corrección del laudo sobre estos puntos, resulta relevante para establecer con claridad las sumas de dinero por las cuales se condenó a la parte por este concepto, la identificación del acreedor de la obligación y del bien inmueble objeto de levantamiento de medida cautelar, con el fin de que se le dé cumplimiento al laudo en los precisos y correctos términos indicados en el mismo.

I. Respecto a la adición del laudo.

De conformidad con lo señalado en el artículo 287 del Código General del Proceso, resulta procedente la adición de sentencias, cuando en la misma se omite resolver sobre puntos que de acuerdo con lo señalado por el legislador, debía ser objeto de pronunciamiento.

La norma antes señalada, consagra:

*“Adición. **Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad. (...).**”*

Sobre el particular, resulta aplicable el artículo 39 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, en los términos previamente indicados respecto a la corrección de laudos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal procederá a adicionar el laudo arbitral proferido dentro del presente asunto, en el sentido de incluir la condena a la parte demandada, al pago de las sumas que debió asumir la parte demandante, por la práctica de la prueba de oficio decretada por el Tribunal, que consistió en la traducción del idioma inglés al español, de los documentos obrantes en el expediente, como costas causadas dentro del proceso.

En ese orden, de oficio y dentro del término establecido por el artículo 39 de la ley 1563 de 2012, el Tribunal procederá con la corrección y adición del laudo arbitral proferido dentro del presente proceso.

Por lo anterior, este Tribunal de Arbitramento, profiere el siguiente:

AUTO No. 18

PRIMERO: Adicionar y corregir el laudo arbitral del 18 de octubre de 2017, proferido dentro del presente proceso, y en consecuencia, la parte resolutive del laudo quedará así:

PRIMERO: Declarar el incumplimiento del contrato de mandato celebrado el 24 de mayo de 2012 entre Norman David Seaberg y Stephan Jaroudi, por incumplimiento del demandado, en su condición de mandatario.

SEGUNDO: Declarar la resolución del contrato de mandato mencionado en el numeral anterior.

TERCERO: Condenase a la parte demandada a restituir a la demandante la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$267.410.000,00) M/l valor que fue entregado por el demandante al demandado en virtud del contrato de mandato de fecha 24 de mayo de 2012.

CUARTO: Condenase a la parte demandada a pagar al demandante la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS VEINTIUN PESOS (\$271.842.321) M/L, por concepto de intereses corrientes que se derivan de las sumas de dinero entregadas por éste, desde el 4 de marzo de 2013, hasta la fecha en que fue proferido el laudo arbitral que decide esta controversia, en consonancia con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

QUINTO: Condenase a la parte demandada al reconocimiento y pago de costas y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, en la suma de ONCE MILLONES SETECIENTOS TREINTA, NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$11.739.852) M/L, más TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$369.000) M/L por concepto de honorarios cancelados al perito traductor y VEINTISEIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS DIECISEIS MIL PESOS (\$26.962.616) M/L, respectivamente, de conformidad a lo indicado en la parte motiva del presente Laudo Arbitral.

SEXTO: Ordenase a la parte demandada realizar el pago de las anteriores condenas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral.

SÉPTIMO: Decretase el levantamiento de la medida cautelar de embargo de inmueble identificado con el Folio de Matricula Inmobiliaria No. 060-21616 de propiedad del demandado, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente laudo. Por secretaría oficiase en tal sentido.

OCTAVO: Declarase causado el saldo final de los honorarios del árbitro único y de la secretaria del Tribunal, ordenando su pago. El presidente efectuará, en la oportunidad de ley, la liquidación final de gastos y de la misma rendirá cuenta razonada a las partes, efectuando la restitución de los saldos en el evento de que a ello hubiere lugar, conforme al artículo 28 de la Ley 1653 de 2012.

NOVENO: Ordenase la expedición y entrega de copia auténtica de este Laudo Arbitral a cada una de las partes, por Secretaría.

DÉCIMO: Ordenase la entrega del expediente al Centro de Arbitraje, Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena una vez quede en firme el Laudo Arbitral, para los efectos previstos en el artículo 47 de la ley 1563 del 2012.

SEGUNDO: Corregir el valor de los intereses en la parte considerativa del laudo, en el último párrafo de la página 26, el cual quedará así:

Teniendo en cuenta lo anterior, los intereses ascienden a la suma de: DOSCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS VEINTIUN PESOS (\$271.842.321).

TERCERO: Corregir el número de matrícula inmobiliaria del bien inmueble de propiedad del demandado, en los dos párrafos del acápite denominado Medidas Cautelares, en la página 10 del laudo, el cual quedará así:

(...) términos del Auto No. 12 dictado en audiencia realizada el 30 de mayo del 2017, el Tribunal decretó el embargo de un bien inmueble de propiedad del demandado, identificado jurídicamente con el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-21616.

La oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, mediante oficio No. ORIPCART0602017EE005199 del 14 de julio de 2017, radicado el 28 de agosto de 2017 en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, informó que la medida decretada dentro del presente trámite arbitral fue debidamente inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-21616.

CUARTO: Adicionar el presente párrafo al acápite referido a las COSTAS, dentro de la parte considerativa del laudo, en los siguientes términos:

Así mismo, se observa dentro del expediente que le correspondió a la parte demandante asumir el pago de los honorarios del traductor designado por el Tribunal, para la práctica de la prueba de oficio decretada.

En ese sentido, se condenará a la parte demandada a reembolsar a la demandante la suma de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$369.000) M/L

QUINTO: Expedir copia auténtica de esta providencia, con las pertinentes constancias de notificación y ejecutoria.

SEXTO: Dar cumplimiento a las demás órdenes dispuestas en el laudo arbitral del 18 de octubre de 2017 y esta decisión.

Siendo las 5:30 p.m. del mismo día se dio por terminada la audiencia y se suscribe el acta por quienes han intervenido, una vez leída y aprobada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NESTOR DAVID OSORIO MORENO

Árbitro Único

HELENE ELIZABETH ARBOLEDA DE EMILIANI

Secretaria

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
DE DORIS CHARRY ROMERO CON CASA FECHI S.A.S.

FECHA LAUDO: 23 de abril de 2018.

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DEL TRIBUNAL

PARTE CONVOCANTE: DORIS CHARRY ROMERO

PARTE CONVOCADA: CASA FECHI

FECHA LAUDO: 23 de abril de 2018

ÁRBITRO (S): JAIME BECERRA GARAVITO

SECRETARIO (A): HELENE ELIZABETH ARBOLEDA DE EMILIANI

TEMAS: Contrato de arrendamiento de naturaleza comercial; regulación del canon y vigencia del contrato. Renovación y/o prórroga contractual.

RESUMEN TEMÁTICO: *Contrato de arrendamiento comercial: naturaleza, vigencia y regulación del canon.* El contrato de arrendamiento se encuentra definido por la ley civil como aquel en el que las partes se obligan recíprocamente, la una a conceder una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio determinado. En ese sentido, la ley comercial determinó que el contrato de arrendamiento como uno de la universalidad de bienes que componen al establecimiento de comercio, debe ser renovado y no prorrogado a aquel comerciante que hubiere ocupado a ese título no menos de dos años consecutivos un inmueble con el mismo establecimiento de comercio. La diferencia entre uno y otro fenómeno jurídico consiste en que mientras la renovación se constituye en un nuevo contrato, la prórroga permite prolongar el mismo contrato en el tiempo y por periodos sucesivos e iguales. La renovación extingue la vigencia del contrato anterior y se extingue en virtud del fenómeno de la novación, lo que implica la variación de uno o varios de los términos contenidos en el primer contrato que fenece, se extingue o termina, para ser reemplazado por uno nuevo. Ahora bien frente a las diferencias que ocurran entre las partes con ocasión a la renovación del contrato de arrendamiento y sobre la regulación del canon, se decidirán procesalmente con intervención de peritos, medio probatorio determinante para la resolución del caso bajo estudio.

REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES.

NORMAS: Código de comercio Artículos 20 y siguientes, 515, 518 a 522, 822; Código civil artículos 1602, 1973; Ley 388 de 1997;

JURISPRUDENCIA:

- *Cas. civ. sentencia de 27 de agosto de 2008, [SC-084-2008], expediente 11001-3103-022-1997-14171-01.*
- Laudo Arbitral de Bavaria S.A. contra Tráficos y Fletes S.A. de 14 de mayo de 2003).
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 27 de abril del 2010, magistrado ponente: César Julio Valencia Copete
- Corte Constitucional en Sentencia C 124 de 2011, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva
- Corte Constitucional Sentencia T-773A/12 Magistrado ponente: Jorge Pretelt Chaljub
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Magistrada Margarita Cabello Blanco, sentencia SC7817-2016. Expediente: 1001 31 03 034 2005 00301 01

- Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 11 de junio de 1985, magistrado ponente Alfonso Guarín Ariza
- Corte Constitucional Sentencia T-240 de 1993 con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz.

TRANSCRIPCIÓN DEL LAUDO

LAUDO ARBITRAL

Cartagena de Indias D. T y C. 23 de abril del 2018

Habiéndose surtido la totalidad de las actuaciones procesales que prescribe la ley 1563 del 2012 y en lo pertinente las consagradas en el Código General del Proceso, procede el presente Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre Doris Charry Romero quien concurrió como parte demandante con Casa Fechi S.A.S. como parte demandada, a proferir el laudo arbitral que resuelve las diferencias que han sido sometidas a estudio, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

VI. PACTO ARBITRAL

La habilitación del Tribunal, proviene de la ley 1563 del 2012 y del Pacto Arbitral contenido en la cláusula vigésima primera del documento identificado como No. 001 y denominado por las partes como “*contrato de arrendamiento con opción de compra*” celebrado en 1 de noviembre de 2011 entre Stavros Sócrates Frantziz como arrendador y Evelia Judith Suarez Hernández como arrendataria modificado mediante *Otrosi* No. 1 firmado por las mismas partes el 10 de enero de 2012, visibles a folios 24 a 44.

La Cláusula Compromisoria es del siguiente tenor:

“La solución de controversias del contrato, se resolverá así:

Acuerdo Directo. En caso de surgir cualquier tipo de desacuerdo, se procurará su solución directa. Para dar inicio al procedimiento directo cualquiera de las partes dará notificación a la otra parte acerca de su intención de someter el conflicto en cuestión a un Tribunal de Arbitramento. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha del recibo de tal notificación, las Partes deberán intentar ponerse de acuerdo. Los procedimientos directos tendrá lugar en la ciudad de Cartagena de Indias. Las partes en cada caso fijará de común acuerdo el término máximo de duración del procedimiento directo, el cual no podrá exceder de quince (15) días hábiles en ningún caso.

Si las partes llegan a un acuerdo suscribirán un contrato de transacción el cual será vinculante y tendrá efecto de cosa juzgada de conformidad con la ley. Si las partes no llegan a un acuerdo, el conflicto será sometido a la decisión del tribunal de arbitramento o el procedimiento de diferencias técnicas establecido en esta cláusula, según el caso.

Las controversias de naturaleza legal relacionadas con la celebración, interpretación, aplicación o ejecución de este negocio jurídico y, en general, las controversias que no se consideren de naturaleza técnica y que no hayan sido resuelto de acuerdo con el procedimiento directo anterior, se someterán a la decisión de tribunal de arbitramento, salvo para el trámite de cobros ejecutivos o procesos ejecutivos, o de lanzamiento o restitución, que se promoverán ante la justicia ordinaria.

Tribunal de arbitramento. El tribunal de arbitramento deberá tener su sede en la ciudad de Cartagena de Indias y estar formado por un (1) árbitro nombrado por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Soluciones Pacíficas de Cartagena o, en su defecto por la Cámara de Comercio de

Cartagena, siguiendo para tales efectos la regla de conciliación y arbitraje de dicha entidad. El tribunal deberá decidir en derecho con fundamento en la ley sustantiva de la República de Colombia. La decisión de los (sic) árbitros (sic) será definitiva y vinculante para las Partes y prestará mérito ejecutivo para el cumplimiento de este negocio. El tribunal de arbitramento se regirá por lo dispuesto en las normas vigentes. Las cuestiones internas del tribunal se someterán a las reglas del centro o, en su defecto, por la Cámara de Comercio de Cartagena

Los gastos y honorarios del tribunal de arbitramento y las costas deberán ser pagadas por las Partes en la forma como decid el tribunal.

PARAGRAFO. Si la diferencia fuere de índole técnica se estará a lo dispuesto en el reglamento del referido Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Soluciones Pacíficas de Cartagena o, en su defecto, por la Cámara de Comercio de Cartagena...”

VII. PARTES PROCESALES Y SU REPRESENTACIÓN

II.I. La parte demandante y convocante de este Tribunal es Doris Charry Romero mayor de edad e identificada con cédula de ciudadanía No. 51.873, con domicilio en la ciudad de Boston de los Estados Unidos de Norteamérica, adjudicataria de los derechos de propiedad sobre el inmueble objeto del contrato de arrendamiento de este trámite arbitral, en la liquidación de la sociedad conyugal y la sucesión de Stavros Socrates Frantzis - quien tuvo la calidad de arrendador original – como consta en el certificado de tradición expedido por la oficina de registro de instrumentos de Cartagena, documento que obra a folios 22 y 23 del cuaderno Principal

Esta parte compareció al proceso arbitral representada por el doctor Hugo Vidales Molano identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.421.515 y la tarjeta profesional No. 56.636 del Consejo Superior de la Judicatura a quien se le reconoció personería para actuar mediante auto No. 01 proferido en audiencia del 25 de abril del 2017. (Folios 205 a 207).

II.II La parte demandada y convocada de este Tribunal es Casa Fечи S.A.S. sociedad de comercio con N.I.T. 900469065-7 representada legalmente por su Gerente Evelia Judith Suarez Hernández, mayor de edad e identificada con cédula de ciudadanía No. 22.407.619 ambas con domicilio en la ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C. cesionaria de los derechos derivados del contrato de arrendamiento del inmueble objeto del contrato materia de este trámite arbitral, acuerdo de cesión celebrado 11 de enero de 2012 entre la demandada, el arrendador original y Evelia Judith Suarez Hernández, (folios 45 y 46 de cuaderno principal) quien tuvo la calidad de arrendataria original y quien, es a su vez, es la representante legal de la mencionada sociedad según el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena, (folios 19 a 21 del Cuaderno Principal No. 1)

Esta parte compareció al proceso arbitral representada por el doctor Carlos Antonio Orozco Tatis identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.558.798 y tarjeta profesional No. 121,981 del Consejo Superior de la Judicatura a quien se le reconoció personería para actuar mediante auto No. 01 proferido en audiencia del 25 de abril del 2017. (Folios 205 a 207).

VIII. EL CONTRATO

Las controversias suscitadas entre las partes dimanaron del contrato de arrendamiento suscrito en su momento entre Stavros Socrates Frantzis, como arrendador y Evelia Judith Suarez Hernández como arrendataria, vigente

a partir del 1 de noviembre de 2011, que versa sobre un local comercial localizado en la ciudad de Cartagena de Indias, en el Barrio de la Catedral, Calle de la Universidad, en la carrera 6 entre calles 36 y 38, distinguido bajo la nomenclatura urbana No. 36-133, que tiene dos puertas de entrada con acceso a la calle de la Universidad distinguida con el número 36-127 y otra con el número 36-153, con dos patios interiores, y que se identifica jurídicamente con el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-117783 y la referencia catastral No. 01-01-0093-0035-906.

IX. DEMANDA ARBITRAL

Con fundamento en la cláusula compromisoria antes transcrita y mediante escrito visible a folios 1 a 15 del expediente, recibido el 3 de abril del 2017 en la secretaria del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, Doris Charry Romero a través de apoderado judicial solicitó la integración de un Tribunal de Arbitramento y presentó demanda arbitral contra Casa Fечи S.A.S.

Las pretensiones de la demanda, tomados literalmente del libelo demandatorio, son las siguientes:

“PRIMERA: Solicito al señor Árbitro fije un nuevo canon mensual de arrendamiento vigente por cinco años a partir del día primero (01) de noviembre de 2016 inclusive, a cargo de la ARRENDATARIA CASA FECHI SAS y a favor del ARRENDADOR DORIS CHARRY ROMERO quien detenta esa condición por haberle sido transmitida por su esposo como resultado de la liquidación de la sociedad conyugal y de la sucesión, respecto del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 060-117783 y Referencia Catastral No. 01-01-0093-0035-906, situada en la ciudad de Cartagena de Indias, en el Barrio de la Catedral, Calle de la Universidad, en la carrera 6 entre calles 36 y 38, distinguido bajo la nomenclatura urbana No. 36-133, que tiene dos puertas de entrada con acceso a la calle de la Universidad distinguida con el número 36-127 y la otra con el número 36-153, con dos patios interiores, comprendida con los siguientes **linderos generales:** Por el Frente o sea el oriente calle de la Universidad o carrera 6 en medio, con propiedad que es o fue de los herederos del finado José María Fuentes L; por la Derecha entrando o sea el Norte, con el muro que sirve de separación con la escalera que da al segundo piso del mismo inmueble del cual es parte, y, con propiedad de Trinidad Meléndez Troughon y el Edificio Lemaitre; por la Izquierda entrando o sea el sur, con la Bodega No. Uno (1) del mismo edificio; y por el Fondo o sea el occidente, con propiedad de José Saúl Florez Puello, donde se cierra el perímetro. Por el Cenit con losa que lo separa del segundo piso del edificio lo mismo que la Bodega No. Uno (1); y por el Nadir, con el piso.

SEGUNDA. Que el señor árbitro establezca que la forma de actualización anual de canon de arrendamiento de que trata la pretensión primera será el término de cada año de arrendamiento en un porcentaje igual a la variación año calendario inmediatamente anterior, del índice de precios al consumidor a nivel nacional en Colombia más dos (2) puntos, con el objeto de evitar su desactualización con el valor comercial del inmueble, o aquella que el Tribunal considere pertinente

TERCERA. Solicito al señor árbitro ordene a la sociedad **ARRENDATARIA CASA FECHI SAS.** reconocerle y pagarle a la ARRENDADORA DORIS CHARRY ROMERO a título de capital, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo, una suma dineraria igual a la diferencia entre el valor por esa sociedad pagado por los cánones de arrendamiento causados desde el día primero (1º) de noviembre de 2016 hasta la fecha en que fuere proferido el laudo arbitral y el valor del canon de arrendamiento fijado de conformidad con la pretensión primera.

CUARTA. Solicito al señor árbitro ordene a la sociedad **ARRENDATARIA CASA FECHI SAS.** reconocerle y pagarle a la **ARRENDADORA DORIS CHARRY ROMERO** intereses moratorios a la máxima tasa legalmente permitida, sobre la suma de capital de que trata la pretensión precedente, a partir del vencimiento del plazo conferido para su pago.

QUINTA que se condene en costas a la sociedad demandada”

Síntesis de la contestación de la demanda

En su respuesta a la demanda, la demandada aceptó como ciertos los hechos de la demanda con excepción del número 11 rechazando la forma como fue redactado; y como respuesta al hecho 5, se refirió al estado en el que la arrendataria recibió la bodega y las reparaciones locativas necesarias y útiles que le hicieron.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones primera y tercera, no se opuso a la pretensión segunda y no se pronunció sobre las pretensiones cuarta y quinta.

La demandada, formuló objeciones a los avalúos de renta presentados por la parte demandante como anexos a la demanda, en especial, en lo relativo a la determinación de inmueble a avaluar, los criterios y la condición del inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal.

Adicionalmente, propuso la que denominó como “*excepción mixta*” de falta de cláusula compromisoria, y como de fondo las siguientes:

- *no existe prórroga del contrato por decisión de los contrayentes*
- *no es posible modificar el precio de la renta tomando únicamente el valor comercial del inmueble determinado pericialmente - interpretación sistemática del contrato de arrendamiento*
- *buena fe contractual*
- *la decisión arbitral sólo tiene efectos a futuro*
- *canon de arrendamiento pactado reajustado por encima del índice de precios al consumidor*

X. ETAPA INICIAL

5. Nombramiento de Árbitro Único y Secretaria del Tribunal

Previas las citaciones correspondientes, el 10 de abril del 2017, con la presencia de la demandante, los apoderados de ambas partes, de la Directora del Centro de Arbitraje y Conciliación y del revisor fiscal de la Cámara de Comercio de Cartagena en instalaciones del Centro del Arbitraje y Conciliación, tuvo lugar la Audiencia de nombramiento de Árbitro Único, por sorteo, entre los integrantes de la lista que ésta lleva, designación que recayó en el abogado Jaime Becerra Garavito (folios 175-176.)

Luego de Aceptada su designación, el 25 de abril del 2017 se instaló legalmente el Tribunal y entre otras decisiones de trámite, se designó como como Secretaria a la doctora Helene Elizabeth Arboleda de Emiliani, integrante de la lista de Secretarios que se lleva en la Cámara de Comercio.

6. Admisión de la demanda arbitral

Sobre la admisión de la demanda arbitral el Tribunal se pronunció en audiencia de fecha 11 de mayo del 2017, admitiéndola (folio 234).

El auto admisorio, notificado a la demandada a través de su apoderado judicial el 31 de mayo del 2017 fue recurrido por esta parte, mediante escrito recibido el 1 de junio del 2017 visible a folios 249 y 250.

El recurso, fue resuelto negativamente a quien lo propuso. mediante proveído de fecha 12 de junio del 2017 y notificada la demandada oportunamente ejerció su derecho de defensa y contradicción contestando la demanda el 14 de julio del 2017, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo Excepciones de Fondo,. (folios 267 a 269 y 273 a 285)

De la contestación de la demanda y de las excepciones propuestas se dio traslado a la demandante mediante fijación en Lista el 26 de julio del 2017, parte que se pronunció mediante mensaje de texto remitido al buzón de la secretaría del tribunal el 31 de julio del 2017 (folios 397 a 405)

7. Audiencia De Conciliación

Vencido el término de traslado de la demanda y trabada la Litis, mediante auto No. 3 el Tribunal citó a las partes a la audiencia de conciliación, la cual se celebró el 17 de agosto del 2017, declarándola fracasada mediante auto No. 1, por cuanto, luego de escuchados los puntos de vista y los planteamientos de cada una de las partes quedo clara la imposibilidad de llegar a un acuerdo que diera solución al conflicto, en esta etapa procesal. (Folios 415 a 417).

8. Estimación Económica Del Proceso

En la misma audiencia del 17 de agosto del 2017, el Tribunal determinó la cuantía de este trámite en la suma de \$476.897.820.00 m/l y, dando aplicación a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 25 de la ley 1563 del 2012, también durante esta audiencia, se fijaron los costos y gastos del tribunal en la suma de \$30.613.876.00, monto que fue cancelado, por mitades, por cada una de las partes oportunamente y dentro del término establecido en el artículo 31 de la ley 1563 del 2012.

9. Clase De Arbitraje, Sede y Duración Del Tribunal.

Se trata de un proceso arbitral Institucional por decisión de las partes en el que de conformidad con lo expresado en los libelos de demanda y contestación, se debaten controversias que versan sobre derechos de contenido eminentemente patrimonial, carácter que resulta propio en los procesos arbitrales.

El Laudo será proferido en Derecho y *como en el texto del pacto arbitral contenido en la cláusula vigésima primera del documento identificado como No. 001 y denominado por las partes como “contrato de arrendamiento con opción de compra” celebrado en 1 de noviembre de 2011 que da origen a este proceso arbitral, ni en el Otrosí modificador se fijó por las partes un término para la duración del mismo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 1563 del 2012 la duración del trámite es de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite.*

La sede indicada es el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena toda vez que, a pesar de que las partes indicaron en la referida cláusula, como primera opción el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Soluciones Pacíficas de Cartagena, a folios 126, aportado por el demandante obra certificación en el sentido de que en la actualidad, dicho centro no presta servicios como Tribunal de Arbitramento.

XI. TRAMITE ARBITRAL

6. Primera Audiencia de Trámite – Competencia del Tribunal

Mediante auto No. 1 proferido en audiencia del 05 de octubre de 2017, el Tribunal se declaró competente para tramitar y resolver en derecho las controversias contractuales existentes entre los señores Doris Charry Romero y Casa Fechi S.A.S. (Folios 421 a 424)

En esta misma oportunidad, el Tribunal se pronunció sobre las pruebas aportadas y solicitadas por la parte demandante en su correspondiente escrito de demanda, y las que de oficio estimó necesarias.

7. Pruebas decretadas y practicadas

El Tribunal, decreto como pruebas las siguientes:

Pedidas por la demandante en el libelo de la demanda, los documentos aportados con la demanda, relacionados bajo el acápite del mismo nombre (folios 12 a 14) que incluye el dictamen pericial elaborado por el Ingeniero Reynaldo Hoyos Jorge (folios 127 a 155).

Pedidas por la demandada al descorrer el traslado de la demanda, los documentos aportados con la contestación de la demanda, relacionados bajo el acápite del mismo nombre (folios 284 y 285) que incluye informes técnicos de avalúos de renta y análisis de patología elaborados por Johnny Santana Cañaveras. (folios 286 a 394)

Oficios: Se abstuvo el tribunal de decretar como prueba la solicitud de información a la administración de la copropiedad de la cual hace parte el inmueble objeto de este proceso, con fundamento en lo establecido en el inciso 2 del artículo 173 del Código General del Proceso en cuanto indica que el juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente. Y, en su defecto, concedió al demandado un término de veinte (20) días para aportarla.

Testimonios: Tampoco decretó el tribunal como prueba, la recepción del testimonio de Johnny Santana Cañaveras puesto que del análisis preliminar del material probatorio dedujo que no se trataba de un testigo propiamente dicho, sino del experto que elaboró el dictamen aportado por la parte demandada, como anexo a la contestación de la demanda.

De Oficio, en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso, el Tribunal decretó de oficio, para la contradicción de los dictámenes periciales aportados por las partes como anexos a la demanda y a su contestación (folios 127 a 155 y 286 a 308) con los alcances previstos en el artículo 228 del Código General del Proceso, la citación a quienes los suscribieron para que explicaran al Tribunal el contenido de su experticia y para que fueran interrogados por los apoderados de las partes.

En audiencia realizada el 23 de octubre del 2017 (folios 427 a 429) se surtió la contradicción de los dictámenes periciales.

8. Audiencia de alegatos

Practicadas las pruebas, el 15 de noviembre del 2017 declaró el Tribunal concluida la instrucción y escuchó los alegatos de las partes en audiencia, a la cual asistieron los apoderados de las partes quienes oralmente expusieron sus argumentos e hicieron entrega de sendos escritos, incorporados formalmente al expediente al igual que el audio. (Folios 438 a 466)

En esta misma audiencia se señaló como fecha para la lectura del laudo arbitral el día 12 de enero del 2018 a las 2:00 p.m.

Estando el expediente a despacho para proferir el Laudo Arbitral, en los términos del auto dictado en audiencia de fecha 11 de enero del 2018, el Tribunal aplazó la audiencia fijada para el día 12 de enero del 2018 y decretó la práctica de un dictamen pericial a cargo de la Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar, con el fin de determinar, bajo unos parámetros y cuestionario indicados en la providencia, el valor del canon de arrendamiento para la bodega objeto de este trámite

La experticia, entregada el 2 de marzo del 2018 fue puesta a disposición de las partes por el término establecido en el artículo 231 del Código General del Proceso y para la audiencia de contradicción, se señaló como fecha y hora el día 21 de marzo del 2018 a las 8:30 a.m..

Durante la audiencia, el experto absolvió los cuestionarios del tribunal y de los apoderados de las partes y el dictamen fue objetado por el de la parte demandante quien además solicitó al perito aportar al proceso documentos relacionados en su informe, petición atendida por el Tribunal concediéndole para tal fin un término de cinco (5) días, orden que fue tendida oportunamente (folios 511 A 557).

Concluida la audiencia de contradicción se decretó la suspensión y para reanudarla el Tribunal señaló como fecha y hora el 23 de abril a las 8.30 a.m. durante la cual se escucharán las alegaciones de las partes con respecto la prueba pericial y se dará lectura a la parte resolutive del laudo arbitral.

9. Temporalidad del laudo arbitral

Teniendo en cuenta que la finalización de la primera audiencia de trámite se dio el 5 de octubre del 2017 y que el término procesal que es de seis (6) meses vence el 5 de abril del 2018 y que atendiendo la solicitud formulada por ambos apoderados el Tribunal decretó la suspensión de términos del proceso durante el tiempo comprendido entre el 22 de marzo y el 20 de abril del 2018, ambas fechas inclusive para reanudarse el término a partir del 23 de abril del 2018, adicionando al término del proceso los días de suspensión conforme indica el artículo 10 del estatuto arbitral, el término del proceso vence el 7 de mayo del 2018 por lo que este Laudo Arbitral se profiere dentro del término legal.

De acuerdo con lo anterior, llegada la fecha señalada para el efecto, se procede a proferir el Laudo Arbitral, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

IX. PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de incorporar las motivaciones del Laudo Arbitral, dentro del ejercicio del control de legalidad que corresponde de conformidad con lo establecido en el artículo 132 del Código General del Proceso, estudiará el Tribunal si se cumplieron o no los presupuestos procesales, para poder proferir una decisión de fondo y en derecho en relación con la *causa petendi*.

Analizadas las piezas procesales, claramente se encuentra que los presupuestos de la acción están debidamente acreditados: la demanda cumple los requisitos y exigencias legales previstas en la legislación colombiana, la competencia del Tribunal se encuentra claramente determinada por la ley 1563 del 2012 y por el Pacto Arbitral que en la modalidad de Cláusula Compromisoria introdujeron las partes en su contrato y por las cuestiones sometidas a su consideración y estudio, la capacidad de los sujetos procesales extremo activo y pasivo es plena y no se infiere causal alguna de nulidad que invalide la actuación, por lo que por encontrarlos reunidos y no advirtiendo la causal alguna que pueda invalidar lo actuado, continuará con el estudio de la naturaleza jurídica y vigencia del contrato, de las obligaciones contraídas y, en especial, lo pertinente a la regulación del canon.

En relación con la competencia del Tribunal para conocer y decidir en derecho los asuntos sometidos a su estudio, la decisión fue tomada en la primera audiencia de trámite celebrada el cinco (05) de octubre de 2017, decisión que quedó notificada y ejecutoriada en esa misma fecha sin que se interpusiera recurso alguno.

En esta instancia, el Tribunal confirma su competencia en los mismos términos e iguales alcances a los definidos en el auto al que se hizo referencia.

Calificación De La Conducta Procesal De Las Partes

Este ítem, por mandato del artículo 280 del Código General del Proceso constituye uno de los requisitos formales de toda providencia judicial y, para darle cumplimiento, precisa el Tribunal que las partes cumplieron oportunamente con sus cargas procesales y observaron los deberes y responsabilidades generales descritos en el artículo 78, colaboraron para la práctica de las notificaciones, pruebas y diligencias decretadas sin que de la actuación desplegada pueda deducirse indicio en su contra.

X. PROBLEMA JURÍDICO

Las controversias sometidas a estudio de este Tribunal se derivan del contrato de arrendamiento de inmueble para la bodega No. 2 del Edificio Ganem celebrado entre las partes (demandante y demandada) el 1 de noviembre del 2011 y su otrosí modificatorio de fecha 10 de enero del 2012 y, para resolver el asunto concreto planteado, esto es, la fijación del canon que habrá de regularlo a partir de la fecha de su vencimiento, el Tribunal interpretará en forma sistemática la demanda.

En relación con la interpretación sistemática de la demanda ha expresado la Corte Suprema de Justicia: “... cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia” (CLXXXVIII, 139), para “no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal” (CCXXXIV, 234), “el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos”, realizando “un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos”, “mediante su interpretación racional, lógica, sistemática e integral” (cas. civ. sentencia de 27 de agosto de 2008, [SC-084-2008], expediente 11001-3103-022-1997-14171-01, énfasis de la Sala), “siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho”, bastando “que ella aparezca claramente en el libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda” (XLIV, p. 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460; CXXXII, 241; CLXXVI, 182 y CCXXV, 2ª parte, 185). (subrayado y resaltado es nuestro).

Aplicando los precedentes jurisprudenciales a nuestro caso en concreto, tenemos que de los actos procesales que generaron la traba de la litis, de la interpretación sistemática de la demanda arbitral y de su contestación con la respectiva estructuración de excepciones así como de los hechos relevantes probados durante el proceso, surge como primer planteamiento si las partes contractuales enfrentan la renovación del contrato por ministerio de la ley o la *prórroga*, como expresa el demandante o si, como lo manifiesta el demandado, al no existir prórroga estamos en presencia de un contrato de arrendamiento verbal que como efecto tiene que las cláusulas contractuales han perdido vigencia.

Características del contrato de arrendamiento de naturaleza comercial

No encontramos en el Código de Comercio regulación expresa del contrato de arrendamiento por lo que, por remisión directa de su artículo 822, recurriremos a las del Código Civil.

Establece el artículo 822 lo siguiente:

“... Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley...”

El arrendamiento, según define el artículo 1973 del Código Civil es “... un contrato en el que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

En consonancia con lo señalado, en los artículos 20 y subsiguientes del código de comercio, bajo el título “actos, operaciones y empresas mercantiles” señala que son mercantiles para todos los efectos legales “la adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos y, el arrendamiento de los mismos” por lo que no existe duda para este Tribunal de que el contrato de arrendamiento bajo estudio es de naturaleza mercantil.

El artículo 515 de la primera codificación citada, al referirse a los bienes mercantiles y concretamente al establecimiento de comercio, señaló que dentro de la universalidad de bienes que lo componen, figura el contrato de arrendamiento y se ocupa, en los artículos 518 a 522 de regular algunos aspectos del contrato.

Efectivamente, como una protección especial al comerciante cuando hubiere ocupado a título de arrendamiento no menos de dos (02) años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, el artículo 518 establece que tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento y, según el artículo 519, las diferencias que ocurran entre las partes al momento de la renovación se decidirán procesalmente con intervención de peritos, normas que resultan de carácter imperativo puesto que, como indica el artículo 524 cualquier estipulación de las partes en contrario, se tendrá por no escrita.

El derecho que asiste al arrendatario empresario es entonces el de renovación, no el de prórroga y, frente a las diferencias entre estas dos figuras, ha sostenido la jurisprudencia arbitral:

“...Entonces, debe precisarse la diferencia existente entre dos fenómenos jurídicos que si bien permiten la continuación de las mismas relaciones contractuales entre las partes, son sustancialmente diferentes: la prórroga y la renovación. La primera permite prolongar el mismo contrato, en el tiempo y por períodos sucesivos e iguales, según lo determinado en el convenio. La segunda (renovación), implica la celebración de un nuevo contrato, por lo que el contrato anterior que se refería a la misma relación contractual, pierde su vigencia y se extingue en virtud del fenómeno jurídico de la novación. Ahora bien, mientras la prórroga mantiene idénticas las condiciones establecidas en el mismo contrato que se prolonga en el tiempo, la renovación no solo implica la suscripción de un nuevo contrato, sino la variación de uno o varios de los términos contenidos en el primer contrato, que fenece, se extingue o termina, para ser remplazado por uno nuevo, aunque en esencia se conserven las mismas prestaciones, derechos y obligaciones” (Laudo Arbitral de Bavaria S.A. contra Tráficos y Fletes S.A. de 14 de mayo de 2003).

XI. ANALISIS DEL CASO CONCRETO

En el contrato bajo análisis figuran, como arrendador inicial Stavros Sócrates Frantziz, posición que hoy ostenta la demandante, adjudicataria de los derechos sobre el inmueble como se lee en el certificado de libertad del inmueble, visible a folios 22 y 23 bajo la anotación No. 12 y, como arrendataria inicial Evelia Judith Suarez Hernández, persona natural que, previa autorización del arrendador cedió su posición contractual a la sociedad Casa Fечи S.A.S. en los términos del documento denominado “*cesión de contrato de arrendamiento*” suscrito entre la arrendadora, la cedente y el cesionario el 11 de enero del 2012, visible a folios 45 y 46.

El contrato de arrendamiento, tiene como objeto, según lo consignado en la cláusula 1, la entrega del uso y goce de un inmueble, descrito por sus linderos y medidas, destinado para el funcionamiento de una tienda de venta de bienes muebles y enseres, hecho No 1 de la demanda que fue aceptado por el demandado.

Como condiciones particulares del contrato de arrendamiento y que constituyen el objeto de nuestro estudio se pactaron las siguientes:

Según la cláusula 2, el término de duración del contrato de arrendamiento sería del cinco (05) años, contados a partir del uno (01) de noviembre de dos mil once (2011) hasta el treinta y uno (31) de octubre de 2016 sin derecho a renovación ni prorrogas, pues éste terminaría automáticamente, salvo que las partes expresamente y por escrito acordaren su renovación.

El valor del contrato y la forma de pago, fue convenida en la cláusula 3 de la siguiente forma: i. del 1 al 30 de noviembre del 2011, periodo de gracia sin cobro de la renta; ii. del 1 de diciembre de 2011 al 31 de octubre del 2012, \$6.000.000.o más I.V.A. y iii. a partir del 1 de noviembre de 2012 y sucesivamente cada 12 meses hasta su terminación, incrementado en una suma equivalente al aumento del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más 2 puntos porcentuales valor que a la fecha asciende a Ocho Millones Quinientos Veintisiete Mil Setecientos Ochenta y un pesos con 65/100 (\$8.527.781,65) m/l .

A través de lo consignado en el Otro si No. 1 suscrito por las partes el 10 de enero del 2012 en los términos del párrafo primero de la cláusula segunda se convino, como período de gracia adicional sin pago del canon, el mes de mayo del 2012 y, se corrigió la fecha para el segundo periodo de pago, comprendida entre el del 1 de diciembre de 2011 y 31 de octubre del 2012 en vez del 2011, conservando el valor del canon.

El pago se haría efectivo por semestre anticipado y dentro de los cinco (05) primeros días de cada semestre, mediante consignación en cuenta bancaria indicada por el arrendador. Para el caso de mora en el pago el arrendatario reconocería y pagaría intereses sobre las sumas adeudadas, liquidados a la tasa más alta autorizada por el gobierno.

También develan los contratantes que el arrendatario entregó al arrendador la suma de treinta millones de pesos (\$30.000.000.00) anticipados como abono a los primeros seis (06) meses de renta y en la misma cláusula bajo el No 3.2. consta la obligación del arrendatario de cancelar el canon por semestre anticipado, dentro de los cinco (05) primeros días de cada período.

En la cláusula quinta dejaron consignadas las condiciones físicas en que se entregó y recibió el inmueble y plantearon las mejoras y reparaciones que podría realizar el arrendatario, de conformidad con los anexos No. 1 y 2 de contrato aceptando la arrendataria realizarlas a sus expensas y sin derecho a reconocimiento, las necesarias y las que ordenaren las autoridades de la ciudad, el departamento y el Gobierno Nacional y no introducir mejoras sin que medie notificación escrita y autorización previa del arrendador, especificando que todas cualquiera fuere su naturaleza, quedarían en favor del propietario del inmueble, salvo que éste decidiera su retiro.

En síntesis, si al término del contrato bajo estudio, habiendo cumplido al parecer el arrendatario sus obligaciones contractuales - puesto que en la demanda no se formularon pretensiones en este sentido -, el arrendador no lo desahució dentro del término de que trata el artículo 520 y por el contrario ambos pretenden la continuidad del establecimiento comercial en el local pues no otra cosa se deduce del hecho de que el arrendatario se encuentre en posesión material del inmueble y de las comunicaciones visibles a folios 63 a 68 y 388 a 390 del expediente - aportadas por las partes como anexos a la demanda arbitral y a su contestación, la renovación del contrato se produjo de manera automática, como así lo reconocerá éste tribunal por lo que, válidamente surgió entonces la posibilidad de discusión en torno a las estipulaciones que habrán de regir la relación contractual hacia el futuro.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia con ponencia de César Julio Valencia Copete en sentencia de fecha 27 de abril del 2010, *“...la opción del procedimiento verbal emerge únicamente en “... presencia de diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato...”. Esa posibilidad emana, entonces, bajo dos condiciones simultáneas: a) el ejercicio del derecho de renovación por el arrendatario, b) la existencia de diferencias entre las partes a propósito de esa eventual modificación contractual; por consiguiente, la carencia de ejercicio de aquella facultad por parte del empresario impide el nacimiento del derecho del arrendador, al igual que lo obstaculiza la falta de las mencionadas discrepancias. De esta forma, la renovación es un antecedente lógico de la oportunidad de debatir, a tal grado que no surge ésta sin aquélla”*

En este orden de ideas y a manera de conclusión preliminar, para este Tribunal, el contrato de arrendamiento comercial objeto de este trámite está vigente hasta el 31 de octubre del 2021 y se renovó, por ministerio de la ley, conforme lo normado en el precitado artículo 519 de la codificación comercial.

Como quiera que desde antes de la fecha de vencimiento y al momento de la renovación surgieron diferencias entre las partes con respecto al valor del canon y que por mandato legal éstas se definen con intervención de peritos, procederá el Tribunal en consecuencia realizando el examen crítico y valoración de las pruebas que obran en el expediente, a definir el valor del canon que habrá de regir, a partir de la fecha de renovación del

contrato esto es, retroactivamente desde el 1 de noviembre del 2016, como lo solicita la parte actora y acorde a lo normado en la norma en cita.

En el *sub examine*, encuentra el Tribunal que la acción formulada por la demandante no está dirigida a discutir la renovación del contrato – que no niega –, sino únicamente la regulación judicial del canon con motivo, precisamente, del surgimiento de ese incuestionable derecho.

ANALISIS DE LAS PRUEBAS

A este respecto, es menester traer a colación lo dispuesto por el artículo 176 del Código General del Proceso, que reza:

*“... **Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba...”*

En tal virtud, tendrá como ciertos los hechos de la demanda en tanto fueron aceptados por la parte demandada y reconocerá valor probatorio pleno a los documentos aportados por ambas partes, - en copia informal y como mensajes de texto - cuya existencia y contenidos también fueron aceptados y ratificados en la debida oportunidad en especial el contrato de arrendamiento y su otrosí modificatorio.

El artículo 519 indica que las diferencias que ocurran entre las partes al momento de la renovación del contrato se decidirán procesalmente con intervención de peritos; para esto, el artículo 227 del Código General del Proceso determina que la parte que pretenda hacerlo valer deberá aportarlo al proceso, en la oportunidad legal para pedir pruebas.

El demandante, como anexo a la demanda aportó una experticia visible a folios 127 a 155 elaborado por el perito evaluador de bienes inmuebles e Ingeniero Civil Reynaldo Hoyos Jorge, miembro de Asolonjas, informe que denominó Dictamen Pericial de Avalúo de Inmueble Para Renta Comercial – Carrera 6 No. 36 -127 Barrio La Catedral – Centro Edificio Ganem – Centro Histórico de Cartagena.

La demandada, al contestar la demanda objetó el dictamen cuestionándolo y resaltando errores que calificó como graves, observaciones que detalla en su escrito visible a folios 276 y 277, soportándolas con otro informe técnico de avalúo de renta, contratado por la arrendataria, es decir, aportó otra experticia elaborada por Johny E. Santana Cañaveras.

Para el análisis de las experticias presentadas por las partes y los reparos formulados por cada una y su eventual procedencia, es del caso resaltar que el artículo 228 del Código General del Proceso al referirse a la contradicción de ésta prueba indica que, la parte contra la cual se aduzca un dictamen podrá solicitar la comparecencia del perito a una audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones, dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en su conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a una audiencia durante la cual él y las partes podrán interrogarlo, bajo juramento, acerca de su idoneidad, imparcialidad y sobre el contenido del informe. Durante la audiencia, la contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá igualmente formularle preguntas al experto y ambas

tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

En el párrafo final del artículo en cita prevé que en ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave, prohibición también prevista en el estatuto arbitral desarrollado en el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 razón ésta potísima para que este tribunal se abstenga de dar trámite a las objeciones planteadas por las partes, como así lo hará.

En este caso, las partes no solicitaron la comparecencia del perito pero sí lo hizo el Tribunal, citando a ambos expertos para que en audiencia, respondieran el interrogatorio que les formularía tanto el Tribunal como los apoderados de las partes, lo cual le permitiría sacar sus propias conclusiones puesto que las de los informes presentados resultaban bastante diferentes y distantes.

Sobre la valoración de dictamen pericial por el fallador, la Corte Constitucional en Sentencia C 124 de 2011 con ponencia de Luis Ernesto Vargas Silva ha dejado sentado:

“... La valoración del dictamen pericial implica llevar a cabo un proceso de orden crítico con el fin de obtener certeza respecto de los hechos y conclusiones sobre los que versa la experticia. Para ello el juez debe apreciar aspectos relativos a i. al perito, ii. el agotamiento formal de los mecanismos para llegar a un dictamen suficiente y iii. a la coherencia interna y externa de las conclusiones...”

Los dictámenes, como medios de prueba, son instrumentos que permiten al fallador comprender aspectos fácticos de un proceso que por su carácter y por ministerio de la ley, requieren de la valoración y conceptos de un experto;

El avalúo de inmuebles o de rentas en nuestro caso más que una opinión es un dictamen profesional eminentemente técnico sobre el valor más probable de un bien y/o del canon de arrendamiento del mismo, para una fecha determinada y en un mercado de condiciones normales, el cual debe ser sustentable, respaldado con informaciones reales y análisis lógico, que se presenta de forma escrita, de manera ordenada, clara y precisa.

La experticia deberá presentarse bajo juramento que se considerará prestado con la firma del mismo y contener unos requisitos mínimos, enunciados en el artículo 226 y, bajo estas premisas legales y jurisprudenciales, acometeremos el estudio de los aportados por las partes en este asunto.

El abogado demandante, en su alegato de conclusión pide al Tribunal no tener en cuenta el dictamen presentado por la demandada toda vez que, en su sentir, se trata de un simple informe técnico de avalúo de renta y no un dictamen en estricto derecho y mal haría el Tribunal en tener como subsanados los defectos formales de que adolece – no haber anexado con el informe los documentos a los que se refiere el artículo 226 – aportarlos posteriormente en la audiencia de fecha 23 de octubre del 2017, a la cual fue citado.

De la contestación de la demanda arbitral que tiene como anexo el dictamen pericial, se dio traslado al demandante para su contradicción, sin que contra ellos entonces el actor formulara reparo como tampoco lo hizo durante la audiencia de fecha 15 de noviembre del 2017, al realizar el Tribunal el control de legalidad de que trata el numeral 8 del artículo 378 del Código General del Proceso, a pesar de expresamente habersele solicitado las partes que, de ser el caso pusieran en conocimiento del Tribunal la existencia de alguna causal

que pudiera invalidar lo actuado, las partes guardaron silencio quedando así, en consecuencia saneada cualquier irregularidad en el proceso.

En palabras de la Corte Constitucional, existe defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando un funcionario jurisdiccional no acata el mandato de dar prevalencia al derecho sustancial y su primacía sobre el material, situación que lo lleva a denegar o vulnerar el derecho al acceso a la administración de justicia.

En efecto, la Corte ha estimado que *“si bien la actuación judicial se presume legítima, se torna en vía de hecho cuando el actuar del juez se distancia abiertamente del ordenamiento normativo, principalmente de la normatividad constitucional, ignorando los principios por los cuales se debe regir la administración de justicia.”*

En conclusión, revisadas las pruebas aportadas a este proceso y escuchadas las explicaciones de los expertos sobre su procedimiento y conclusiones procederá el tribunal a hacer una valoración integral de los dos dictámenes presentados.

Según indica la Resolución 620 de 2008 expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (Por la cual se establecen los procedimientos para los avalúos ordenados dentro del marco de la Ley 388 de 1997) los métodos valuatorios aceptados son:

1. comparativo o de mercado que consiste en analizar inmuebles que tengan características similares a las del objeto en valoración.
2. de capitalización de rentas o ingresos, que se enfoca en establecer el valor comercial del inmueble a partir de las rentas o ingresos que se puedan obtener del mismo bien, o de inmuebles semejantes y comparables por sus características físicas, de uso y ubicación.
3. de costo de reposición, que es uno de los menos utilizados por complejo por el uso de fórmulas, técnicas de depreciación y otras herramientas que involucran el uso ecuaciones matemáticas.
4. residual, que se utiliza para establecer el valor de un terreno que está destinado desde el momento de su negociación para desarrollar proyectos inmobiliarios de gran envergadura como viviendas multifamiliares, conjuntos sometidos al régimen de propiedad horizontal, centros comerciales, centros empresariales, entre otros.

En el dictamen aportado por la demandante, el experto, después de hacer un detallado análisis del objeto materia de la investigación y del comportamiento comercial inmobiliario, localización, clasificación y acceso del bien, tipo de inmueble, estrato, características con linderos y medidas (en las que incluyó el lote de terreno sin tomar en cuenta que se trata de un bien sometido al régimen de propiedad horizontal, como él mismo lo afirma y consiga en el folio 131), áreas, servicios, detalles de la construcción generales y especiales, sector, aspecto económico del mercado y avalúo comercial de la renta, concluye que el valor del canon debe ser la suma de \$18'199,504.00 m/l. dejando un rango de fluctuación para posible negociación entre las partes de +/- 10%, lo que quiere decir que el canon mínimo recomendado lo establece en \$16.000.000.00 m/l y el máximo en \$20.000.000.00 m/l .

Tanto en su informe, como verbalmente al absolver el cuestionario formulado en audiencia por este Tribunal, aseveró haber aplicado el método de comparación o de mercado previsto en la Resolución 620 en sus artículos 1 y 10 en cuanto estipula este último que cuando para la realización del avalúo se acuda a información de ofertas y/o transacciones, es necesario que en la presentación del informe se haga mención explícita del medio del cual se obtuvo la información y la fecha de publicación, además de otros factores que permitan su identificación posterior y, esto último, se extraña en el dictamen bajo estudio.

Esta misma norma en comento (artículo, 10) dice que para los inmuebles no sujetos al régimen de propiedad horizontal, el valor del terreno y la construcción deben ser analizados en forma independiente para cada uno de los datos obtenidos con sus correspondientes áreas y valores unitarios no así para los sometidos a este régimen, como el que es objeto de este proceso, caso en el cual se debe presentar el valor por metro cuadrado de área privada de construcción verificando la coherencia entre las dos y de ser posible, aportar fotografías de los predios en oferta o de los que se hubieren tenido en cuenta para facilitar su posterior análisis.

En el artículo 8 de la precitada Resolución, al referirse a la "*identificación legal*" del inmueble objeto de avalúo determina que se debe prestar especial atención a las afectaciones de uso que pesen sobre el inmueble verificando su inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria, así como a los plazos de validez de la afectación.

Este Tribunal encuentra que como anotación número 1 del certificado que corresponde al folio de matrícula inmobiliaria No. 060-117783 y visible a folios 22 y 23 del expediente, aparece inscrita una afectación del bien por limitación de dominio, bajo anotación No. 1 consistente en el reglamento de Propiedad Horizontal, afectación, que no fue tomada en cuenta por este profesional al momento de hacer los cálculos, hecho que debió dejar consignado, bien sea en el capítulo de hipótesis y condiciones restrictivas visible a folio 130, o cualquier otro de su trabajo; por lo que no podía presentar el valor por metro cuadrado de área privada de construcción, en la forma como en efecto no lo hizo, lo que lleva a concluir que esta experticia no cumple con las exigencias determinadas en la Resolución 620 de 2008.

El experto en su investigación de mercado expone que "*encontramos inmuebles similares en oferta para la venta como se puede apreciar en el siguiente cuadro*" que incluye seis (6) inmuebles, todos situados en la zona centro de la ciudad y barrio San Diego, de diferentes valores por metro cuadrado oscilando entre \$12.000.000.00 y \$5.357.14.00 a los que les asignó una media aritmética de \$8.682.555.00 y un coeficiente de variación de 25% para, finalmente y según su criterio, concluir el valor de mercado asignando un valor por metro cuadrado de \$7.380.172.00; desconociendo lo normado en el párrafo 5 del artículo 11 de la Resolución 620, en la cual se prevé que cuando el coeficiente de variación sea superior a más (+) o a menos (-) 7,5%, no es conveniente utilizar la media obtenida sino que, por el contrario, se hace necesario reforzar el número de puntos de investigación con el fin de mejorar la representatividad del valor medio encontrado, de suerte que, para este Tribunal este dictamen no ofrece pleno convencimiento, como para tomar que sea concluyente para decidir esta Litis.

El dictamen aportado por la demandada, a cargo de Jonhny Santana Cañaveras y visible a folio 298, si bien ejercita sus "*datos de entrada*" para la información, lo hace considerando escasamente 3 inmuebles, lo que, pese a que la norma no lo exige, en apreciación de este fallador tampoco da la suficiente certeza como para tomarlo como un trabajo aceptable para determinar la renta del inmueble, además porque el mismo perito cuando aborda, el tema de los ajustes u homogenización de las muestras, afirma que: "*....estos inmuebles*

resultan ser similares en cuanto a su destinación económica, pero no son directamente comparables con el inmueble objeto de estudio por presentar ligeras diferencias en alguna variables determinantes del valor”; para más adelante señala que hay ligeras diferencias en la variable de localización, ya que si bien todos se ubican en el centro histórico, las muestras del mercado presentan mejor localización.

De manera que el segundo dictamen, es decir el aportado por la parte demandada en su contradicción al aportado por la demandante, aunque pueda ajustarse a la petición formulada, no contiene una valoración del bien objeto de este proceso en las condiciones planteadas en la Litis ni demostró que el aportado por el demandante estuviera errado razón por la cual, el Tribunal declarará no probada la objeción formulada.

La Lonja de Colombia, en su MATERIAL AVALUOS URBANOS Y PH pdf, enseña que el Avalúo Comercial lo realiza un tasador o evaluador acreditado, el cual es contratado por una persona natural o jurídica o entidad financiera para determinar el valor real de una propiedad en una fecha determinada, de acuerdo con sus características físicas y topográficas, además de las variables de entorno que afectan positiva o negativamente el precio de transacción del predio.

Según el artículo 6 de la multicitada Resolución 620, se tiene como zona o subzona geoeconómica homogénea el espacio que tiene características físicas y económicas similares, en cuanto a topografía, normas urbanísticas, servicios públicos domiciliarios, redes de infraestructura vial, tipología de las construcciones, valor por unidad de área de terreno, áreas morfológicas homogéneas y la estratificación socioeconómica; y en el parágrafo 1° determina que para efectos de la determinación de la compensación de que trata el Decreto-ley 151 de 1998, para el cálculo del reparto equitativo de cargas y beneficios y para la delimitación de las unidades de actuación urbanística, se entienden como áreas morfológicas homogéneas las zonas que tienen características análogas en cuanto a tipologías de terreno, edificación o construcción, usos e índices derivados de su trama urbana original.

Adicionalmente, en el método comparativo de mercado al ser una comparación de inmuebles se debe verificar que los inmuebles tengan características similares, principalmente en los siguientes aspectos: área del lote, área construida, ubicación, valor del metro cuadrado construido y libre, acceso a vías públicas, servicios públicos domiciliarios y aspecto topográfico

En el método de capitalización de rentas o ingresos se debe considerar: vida útil que puede llegar a tener el bien, usos permitidos e ingreso económico que pueda generar, construcción y, en especial tipo de estructura que posee o sistema constructivo.

De lo anterior se colige que al bien objeto de valuación por cualquiera de los métodos valuatorios aceptados y de usanza en Colombia, para llegar a una mejor aproximación en su determinación de valor y de renta el perito se debe, acercar cuidadosamente a todas las características análogas que determinen e influyan en su dictamen.

Los dictámenes aportados por las partes si bien se hacen con métodos aceptables en Colombia, no se armonizan y no tendrían por qué hacerlo dado que provienen de expertos diferentes y sus experticias presentan disparidades en cuanto a las fuentes, bienes objeto de estudios, localización, usos, los cuales no determinaron ni precisaron, carecen de una cantidad o muestreo suficiente en uno de ellos y armonizado en el otro; con todo lo anterior la localización de los inmuebles tomados para sus trabajos no están determinados en el área de influencia del local objeto de este trámite.

Con esta orientación, concluye el Tribunal que ninguno de los dictámenes aportados por las partes contiene elementos suficientes para la convicción plena de este fallador, por lo que en los términos del auto de fecha 11 de enero de 2018, ordenó la realización de un nuevo peritaje con apoyo de la Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar, al que las partes no se opusieron.

Así las cosas, la experticia ordenada por el Tribunal y elaborada por la Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar, suscrita por el Avaluador designado Mauricio González Vásquez y por Enith Barrios Alandete Directora del Centro de Avalúos, precisa, luego de hacer una descripción completa del inmueble, que se trata de un local (bodega) y que el encargo valuatorio consiste en determinar el valor del canon de arrendamiento mensual con vigencia para el periodo comprendido entre los meses de Octubre y Noviembre de 2016.

La contradicción de esta experticia se surtió, conforme lo ordenado en el artículo 31 del estatuto arbitral, en audiencia realizada el 21 de marzo del 2018.

El perito explicó su procedimiento indicando haber aplicado la base de valor de mercado y, al describir el inmueble precisó que se trata de un bien destinado al uso comercial sometido al régimen de propiedad horizontal, que consta de dos pisos encontrando en el primero dos locales comerciales y en el segundo cuatro apartamentos y circulaciones, que el terreno es propiedad común y que su valor viene involucrado dentro del valor de las áreas privadas construidas.

Explica además que en sus inicios, el local fue diseñado y construido para fines de almacenamiento y bodega y posteriormente adecuado y habilitado para usos comerciales de exhibición, atención y ventas, que en esencia es un gran salón para local comercial sin vitrina externa, ya que la fachada y arquitectura del mismo edificio no permiten la implementación de vitrinas, que cuenta con un mezanine interno en madera cuya área no hace parte del área privada de la unidad inmobiliaria el cual está siendo usado como área administrativa, con un área de 335,08 M2 y un mezanine en madera con un área de 76 M2, información ésta última que el tribunal encuentra errada y será objeto de corrección como así lo determinará en el laudo, dado que según datos de la misma escritura 120 de fecha 19 de febrero de 1974 otorgada en la Notaría 3 de Cartagena contentiva del reglamento de propiedad horizontal que rige el *Edificio Ganem*, del cual hace parte el inmueble, visible a folios 341 a 363, al describir el inmueble objeto de estudio (Bodega No. 2) precisa en sus folios 349 y 351 que consta de una zona cubierta de 335,08 m2 y de dos patios interiores con un área de 76,62 m2 para un área total de 411,70 m2, cifra ésta última que se tendrá como la que corresponde al área del inmueble.

Precisa el perito que, como metodología valuatoria en este dictamen combinó los métodos de Renta y de Mercado, por encontrar información de renta en el sector inmediato de inmuebles de similares características al del objeto de avalúo.

Explica que soportó su investigación de mercado – atendiendo las instrucciones del Tribunal - en cuatro locales de similares características a las del que es objeto de avalúo localizados en un radio de acción de no más de 200 metros, indicando en su informe su dirección exacta, valor oferta en renta mensual y teléfonos para contacto.

Como conclusión, determina como valor presente para el canon de arrendamiento, \$38.000.00 m2/mes y a renglón seguido desarrolla las técnicas de deflación para llevar el mismo valor a los períodos octubre -

noviembre de 2016, tomando como base el IPC, aplicable retroactivamente desde enero de 2018 a octubre de 2016, señalando un valor final adoptado para el canon de arrendamiento de \$34.700.00 m2/mes

Contra este dictamen, la parte demandante formuló las siguientes objeciones y tachas: i. excluir de la valuación 76,62 m2 correspondientes a patios internos por considerarla área privada no útil a pesar de estar siendo utilizada sin restricciones por el arrendatario y haberla compensado con el área del mezanine y de la escalera; ii. Adoptar como valor del canon de arrendamiento actual en la suma de \$38.000.00 m2/mes habiendo calculado una medida aritmética de \$40.655,60 m2/mes, lo que significa haber descontado la suma de \$2.655.00 m2/mes teniendo en cuenta el estado físico del *Edificio Ganem*, sin sustento legal ni técnico; iii. No precisar exactamente cuál fue la metodología valuatoria implementada pues en una parte del informe indica que combinó los métodos de renta y comparativo de mercado y en otra parte dice que solo consideró la comparativa de mercados; iv. No anexar los documentos relacionados en el artículo 226 del Código General del Proceso.

La demandada, formuló también su reparo por la valoración independiente del área de mezanine y solicitó su exclusión.

Con respecto a la valoración de la prueba pericial por el fallador la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alexei Egor Julio Estrada y Luis Ernesto Vargas Silva, en Sentencia T-773A/12 nos trae lo siguiente:

“En materia de valoración de la prueba pericial, si se tiene presente que el perito es un auxiliar de la justicia y el dictamen pericial un medio de prueba, no puede el funcionario judicial aceptar ciegamente las conclusiones a las que aquel llegue, pues si eso fuera así existiría un desplazamiento constitucionalmente inadmisibles de la competencia para administrar justicia y el perito adoptaría la posición de sentenciador, lo cual no es viable. Por consiguiente, en todos los casos el rol procesal del juez se centra en analizar el dictamen pericial y si lo encuentra debidamente fundamentando al punto de llevarlo a un convencimiento pleno de la materia consultada, puede tenerlo en cuenta para edificar sobre él la decisión que tome, ya que es soberano para examinar la experticia conforme a las reglas de la autonomía y la sana crítica, sin estar sujeto a ningún valor preestablecido, pero siempre dando las razones por las cuales lo acoge o se aparta de él.

Estima la Sala que en nuestro sistema jurídico procesal ninguna prueba es obligatoria o vinculante, sino que bajo el abrigo de los principios generales de las pruebas judiciales, entre ellos el de libre apreciación, corresponde al juez de la causa realizar la actividad de crítica racional y autónoma en procura de hallar argumentos de peso que le den luces al momento de fallar. Es así que, en materia de dictámenes periciales, el juzgador debe analizar la firmeza, precisión y claridad de las conclusiones que emite el perito (artículo 241 del C.P.C.), para desde ellas tomar partido al tiempo de la decisión final. El no hacerlo lo puede llevar a imprecisiones.....”.

Ahora bien, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema De Justicia, con ponencia de la H. Magistrada Margarita Cabello Blanco, en Sentencia SC7817-2016, (expediente 1001 31 03 034 2005 00301 01) sobre el particular ha dicho:

“...concierno solo al Juez sopesar la experticia en los casos en que su producción haya seguido la regulación legal, sin que ello signifique, desde luego, que la actividad de juzgamiento quede sometida a la obligación de aceptar el concepto tal y como fue presentado, porque el auxilio que presta el concurso

de los peritos no lo ata inexorablemente, solo coadyuva la función del operador judicial ... El informe de los auxiliares de la justicia se presenta ante el Juez, como un estudio de ciencia, aplicando para ello, los métodos aceptados a nivel general e internacional, que ofrezcan la mayor garantía de certeza, seguridad y confiabilidad. Corresponde al funcionario judicial calificarlo y valorarlo, a fin de definir una controversia entre ciudadanos, verificando la observancia de los requisitos básicos en la realización de la prueba, así como la idoneidad en todo el procedimiento ...”.

En consideración a las anteriores anotaciones jurisprudenciales, este Tribunal, haciendo la variación final en cuanto al área del inmueble, acoge con todo lo expuesto este último peritaje como el más idóneo para resolver y tomará el valor final adoptado por el perito para el canon de arrendamiento de \$34.700.00 m2/mes sobre 411,70 m2 tomando como criterio, lo arriba expresado, además de lo contenido en la demanda en cuanto al área del inmueble y todas las demás piezas procesales obrantes que así lo afirman y ratifican incluyendo la disminución de la suma de \$2.655.00 m2/mes, de la media aritmética certificado y ratificado por el perito, atendiendo el estado físico del *Edificio Ganem*.

Por todo lo anterior concluyendo el Tribunal que el dictamen pericial más ajustado es el presentado por el experto adscrito a la Lonja de Propiedad Raíz de Cartagena y Bolívar, determinará como valor del canon de arrendamiento del inmueble objeto de esta Litis, a partir del 1 de noviembre de 2016 la suma de catorce millones doscientos ochenta y seis mil pesos (\$14.286.000.00) m/l resultado de multiplicar \$34.700.00 m2/mes por 411,70 m2 quedando así resuelta favorablemente la pretensión primera de la demanda.

En este orden de ideas, prospera la objeción formulada por el demandante contra el dictamen presentado por Mauricio González Vásquez en cuanto a la no inclusión de los patios en la valuación final por lo que quedó demostrado que ciertamente el área total del inmueble objeto de este asunto es 411.70 mts2 la que será tenida en cuenta para todos los efectos; la demás objeciones propuestas no prosperaran.

La objeción formulada por el demandado igualmente prosperará en lo relativo a la exclusión del área del mezanine para efectos de ser incluida en el canon de arrendamiento con la observación de que se mantendrá como así se hará en este laudo que el área total del inmueble a regular será de 411.70 m2.

ESTUDIO DE LAS DEMAS PRETENSIONES

Resuelta en los anteriores términos la pretensión primera, la cual prospera, continuará el Tribunal con el estudio y resolución de las demás pretensiones de la demanda.

Entrando al estudio y resolución de la segunda pretensión, esto es que el Tribunal establezca que una forma de actualización anual de canon de arrendamiento de que trata la pretensión primera diferente de la pactada, determinado como ya está que nos encontramos frente a una renovación del contrato de arrendamiento y no frente a una prórroga a la que la demandada no se opone y teniendo como objeto esta controversia, como bien lo expresa la misma demandante en su escrito al descorrer el traslado de la contestación de la demanda que, “...La única parte del contrato que dejo de regir, fue el precio” (folio 399), el tribunal no entrará a establecer modificación en cuanto a fórmula para la actualización anual del canon, diferente a la acordada declarando en consecuencia impróspera la pretensión.

Como pretensión tercera, depreca la demandante que se ordene a la sociedad arrendataria Casa Fechi SA.S. reconocer y pagar a la arrendadora a título de capital, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo, una suma dineraria igual a la diferencia entre el valor por esa sociedad ha pagado por los cánones de

arrendamiento causados desde el día primero (1) de noviembre de 2016 hasta la fecha en que fuere proferido el laudo arbitral y el valor del canon de arrendamiento fijado de conformidad con la pretensión primera; la cual sí esta llamada a prosperar sin requerir mayores análisis,

En la cuarta pretensión, pretende la actora que se ordene a la demandada reconocer y pagar intereses moratorios, liquidados a la máxima tasa legalmente permitida, sobre la suma de capital reclamada como pretensión tercera esto es la diferencia entre los valores cancelados desde el 1 de noviembre del 2016 y los determinados en este Laudo Arbitral, a partir del vencimiento del plazo conferido para su pago.

Esta pretensión resultará impróspera puesto que la obligación de pago reclamada tiene origen en el contrato de arrendamiento de la bodega No. 2 del Edificio Ganem, concelebrado entre la hoy demandante y Casa Fechi S.A.S. y la solución de esta diferencia contractual fue precisamente la sometida a estudio de este Tribunal y solo, hasta este pronunciamiento se declara su existencia, de donde surge que es a partir de la fecha de pago señalada en el laudo, que se hace exigible el pago a favor de la demandante, por la cual no se accederá a lo pretendido.

Diferente es el caso en que ante el no pago de las sumas a reconocer en los términos indicados en este Laudo Arbitral, si se causarían intereses de mora, liquidados a la tasa permitida por la ley hasta el día del pago efectivo, por tratarse de obligaciones mercantiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la ley 45 de 1990: “...el deudor está obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella”.

EXCEPCIONES.

Como no encuentra el Tribunal probada ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 282 del Código General del Proceso – que indica que si el juez hallare probados hechos que constituyan una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, - no la declarará y proseguirá con el estudio de las propuestas por la parte demandada:

1. Falta De Clausula Compromisoria.

Sustenta el demandado este argumento en que el Tribunal carece de competencia para decidir sobre las pretensiones de la demanda, que las partes dispusieron en la cláusula segunda numeral 2.2 del contrato de arrendamiento, que no habría prorrogas al expirar el término principal estipulado, pues el contrato terminaba automáticamente sin derecho a ninguna prorroga, salvo que las partes expresamente y por escrito acordaren su renovación.

Expone adicionalmente, con fundamento en lo normado en el artículo 519 del Código de Comercio que dado que el conflicto entre las partes es que se fije un nuevo canon de arrendamiento, “*Resulta que ese nuevo canon se fija con la intervención de peritos por así disponerlo la norma. Ello, hace esta discusión de naturaleza técnica dado que ese trabajo requiere una habilidad o destreza de una persona en una actividad en apego a unos procedimientos definidos*”.

Esta excepción, no está llamada a prosperar puesto que, sobre la competencia ya el Tribunal se pronunció ampliamente y en forma positiva en la Primera Audiencia de Trámite realizada el 05 de octubre de 2017 (folios 421 a 424), mediante providencia que fue notificada en Estrados y sobre la cual las partes manifestaron, expresamente, su conformidad.

El Tribunal ratifica entonces, que es competente para el juzgamiento y decisión de fondo de las controversias contenidas en las pretensiones y excepciones, en la medida en que todas son de contenido particular, específico y concreto, de naturaleza patrimonial y económica y, por ello, susceptibles de transacción y disposición entre sujetos plenamente capaces y, por ende, de *“pacto arbitral”*.

2. “no existe prórroga del contrato por decisión de los contrayentes”

Esta excepción está llamada a prosperar pero solo en el entendido de que no existió prórroga del contrato de arrendamiento sino renovación, por las razones ya expuestas en este Laudo Arbitral y además porque de conformidad con el texto de la demanda entiende el Tribunal que la acción incoada es la prevista en el artículo 519 del Código de Comercio, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 518 *ibídem*.

En efecto, además de poner de presente la existencia del contrato de arrendamiento, la determinación jurídica del local, la cesión de la posición contractual de arrendador original y su aceptación, y las previsiones contractuales referidas al plazo y al incremento del canon, la demandante señala que desde el 07 de julio de 2016, ha remitido a la demandada diversas comunicaciones requiriéndola para ajustar el canon, sin respuesta positiva y, so señala específicamente que hubieren surgido diferencias entre las partes con motivo de la renovación del contrato.

Así las cosas, la acción intentada parte de la base de un pleno y debido reconocimiento del derecho que tiene Casa Fechi S.A.S. a la renovación del contrato de arrendamiento, por haber ocupado el local comercial localizado en la ciudad de Cartagena de Indias, en el Barrio de la Catedral, Calle de la Universidad, en la carrera 6 entre calles 36 y 38, distinguido bajo la nomenclatura urbana No. 36-133 por un lapso superior a dos años, solo que Doris Charry Romero, adjudicataria de la propiedad del inmueble objeto del contrato de arriendo de este trámite arbitral; en la liquidación de la sociedad conyugal y de la sucesión del su esposo, señor Stavros Socrates Frantzis quien tuvo la calidad de arrendador original, pretende la regulación del canon y ese reclamo lo efectúa para que rija la relación contractual a partir del 1º de Noviembre de 2016 inclusive.

3. no es posible modificar el precio de la renta tomando únicamente el valor comercial del inmueble determinado pericialmente - interpretación sistemática del contrato de arrendamiento.

Afirma, como soporte a esta excepción que las partes establecieron anticipadamente las reglas económicas que habrían de regir el arrendamiento y sin embargo, la demandante pretende que se regule el canon sin tomar en consideración que, para su fijación inicial, las partes, además de las condiciones del mercado, tomaron en consideración el estado del inmueble y el pago por semestres anticipados.

Esta excepción no está llamada a prosperar y conviene transcribir, como precedente jurisprudencial apartes de la Sentencia de 27 de abril del 2010 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que con ponencia de César Julio Valencia Copete ha dicho:

“... Ese peculiar privilegio de poder renovar el contrato una vez cumplidos los requisitos legales, aún en contra de la voluntad del arrendador, no supone de modo ineludible la prolongación de las condiciones pactadas inicialmente, puesto que de la esencia de la indicada facultad no emerge semejante conclusión, sino, de modo exclusivo, la opción de continuar con el uso del inmueble, aunque sea menester el cambio del contrato anterior o, por lo menos la alteración de algunas de las cláusulas antes aceptadas por las partes, tales como las relativas al precio o a las circunstancias de utilización del bien

materia de arrendamiento. Se trata, en suma, de la potestad de seguir sirviéndose del establecimiento en el mismo local, aunque, eventualmente, bajo regulaciones convencionales diferentes. A eso se circunscribe el derecho de renovación que asiste al locatario ... ”

- 4. buena fe contractual: argumenta el demandado que las condiciones físicas que presenta actualmente el inmueble objeto de este proceso, se deben a inversiones realizadas por la arrendataria las cuales, no deben considerarse como criterio determinante para fijar el nuevo canon.**

Para resolver esta excepción, declarándola impróspera, el Tribunal se apoyará en los mismos argumentos esbozados al resolver la Excepción No. 3 aplicando también el principio general del derecho que según el cual “*donde existe la misma razón de hecho, existirá la misma razón de derecho*”.

5. la decisión arbitral sólo tiene efectos a futuro

La expresión latina, EX NUNC significa "*desde ahora*" y da a entender que en la ley, contrato o condición no existe retroactividad en cuanto a sus efectos y que empiezan a regir desde el momento en que se inicie o perfeccione la disposición mientras que la expresión Ex TUNC, quiere decir "*desde siempre*" e indica que el acto jurídico, la disposición de la ley o resolución judicial tienen efectos retroactivos o que la situación actual se supone perfeccionada desde su origen.

El artículo 519 varias veces mencionado, se refiere a la regulación del canon de arrendamiento de local comercial e indica que "*las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento... se decidirán por el procedimiento verbal, con intervención de peritos.*"

Revisada la literalidad de la norma, resulta clara para el Tribunal la facultad de atender la petición del demandante de fijar el valor del canon que habrá de regir el nuevo contrato a partir del vencimiento del período contractual y no desde la ejecutoria de la sentencia, o sea, el Laudo Arbitral que se profiere tiene efectos *Ex Tunc* es decir, retroactivos,

Precedente jurisprudencial aplicable a este asunto es la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 11 de junio de 1985 con ponencia del Magistrado Alfonso Guarín Ariza aplicada a un caso similar en el que se concedió el efecto que se reclama en este trámite, es decir retroactivo.

Por lo anterior, se declarará impróspera la excepción propuesta.

6. canon de arrendamiento pactado reajustado por encima del índice de precios al consumidor.

Pide la demandada a través de este medio que no se modifique el valor del canon puesto que la forma pactada, esto es IPC + 2 puntos, implica que no haya pérdida del poder adquisitivo del dinero.

A diferencia de lo que ocurre con los cánones de arrendamiento de vivienda urbana que están sometidos los de locales comerciales no lo están, quedando las partes en libertad de pactar los montos y fórmulas de reajuste.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-240 de 1993 con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz aplicable a la excepción que se desarrolla indica:

“... Se entiende por el principio de libertad contractual la potestad que tienen las personas para obligarse unas con otras mediante la celebración de un contrato; es la facultad subjetiva contractual de los individuos para decidir hacer o no algo. ... Esta libertad también permite discutir las condiciones, modalidades, plazos, limitaciones, contenido y demás estipulaciones de los contratos; exige pues la garantía de las relaciones justas y libres pero ajustadas a la ley ...”

Como dispone el artículo 1602 del Código Civil *“Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Esta excepción no prospera puesto que como se explicó, como resultado de lo probado el Tribunal modificó el valor del canon, manteniendo la fórmula pactada para el reajuste

COSTAS

De conformidad con los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso, habrá lugar a Costas cuando aparezca en el expediente que se causaron y en la medida de su comprobación y, en la misma providencia se fijará el valor de las Agencias en Derecho.

Los gastos causados en este proceso, fueron sufragados por ambas partes en la forma y proporciones indicadas por el Tribunal, por lo que la demandante además de la suma de \$1.755.766.00 consignada directamente en la Cámara de Comercio de Cartagena al presentar la demanda arbitral, depositó las sumas de \$17.345.672.00 por concepto de costos generales del proceso más \$1.500.000.00 como honorarios fijados por el Tribunal para la prueba pericial oficiosa sumas estas que deberán ser reembolsadas por la demandada a la demandante, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de esta laudo arbitral debiendo la demandada como consecuencia de lo decidido en este laudo arbitral, restituir a la demandante .

Las agencias en derecho, relacionadas como los gastos derivados de la defensa judicial de quien resulta ganador en un determinado litigio, dadas las particularidades de este proceso, por ser de única instancia y haber prosperado las pretensiones de la demanda se fijarán conforme los lineamientos del Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura No. PSAA-10554 de fecha 5 de agosto del 2016 con referencia a procesos declarativos de única instancia, en una suma equivalente al 10% del valor de las pretensiones y teniendo en cuenta que el valor del canon mensual determinado por el Tribunal es la suma de \$14.286.000.00 y su vigencia a partir del 1 de noviembre del 2016 y que prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda, se fijan las agencias en derecho en la suma de \$9.000.000.00 m/l

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias contractuales ente Doris Charry Romero y Casa Fechi S.A.S. administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Decláranse imprósperas las Excepciones propuestas por la demandada denominadas *“Falta De Clausula Compromisoria”*, *“No Es Posible Modificar El Precio De La Renta Tomando Únicamente El Valor*

Comercial Del Inmueble Determinado Pericialmente - Interpretación Sistemática Del Contrato De Arrendamiento”, Buena Fe Contractual”, “La Decisión Arbitral Sólo Tiene Efectos A Futuro” y “Canon De Arrendamiento Pactado Reajustado Por Encima Del Índice De Precios Al Consumidor por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral

SEGUNDO: Declárase la prosperidad de la Excepción de “no existe prórroga del contrato por decisión de los contrayentes” con las salvedades expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral

TERCERO. Declárase la prosperidad de la pretensión primera de la demanda y en consecuencia fijase el valor del canon de arrendamiento del inmueble objeto del proceso en la suma de catorce millones doscientos ochenta y seis mil pesos (\$14.286.000.00) m/l, el cual regirá a partir del vencimiento del término del contrato es decir del 1 de noviembre del 2016, suma que será incrementada anualmente en la forma y periodicidad estipuladas en la cláusula 3 del contrato esto es IPC + 2 por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo arbitral.

CUARTO. Declarase impróspera la pretensión segunda de la demanda precisando de acuerdo con las consideraciones del laudo arbitral que las demás condiciones del contrato identificado como No. 001 y denominado por las partes como “contrato de arrendamiento con opción de compra” celebrado en 1 de noviembre de 2011 entre Stavros Sócrates Frantziz hoy Doris Charry Romero como arrendadora y Evelia Judith Suarez Hernández hoy Casa Fечи S.A.S. como arrendataria y su otrosí modificatorio de fecha 10 de enero del 2012, continuarán vigentes en los términos pactados.

QUINTO. Ordenase a Casa Fечи S.A.S. reconocer y pagar a Doris Charry Romero a título de capital, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo, una suma dineraria igual a la diferencia entre el valor pagado por los cánones de arrendamiento causados desde el día primero (1º) de noviembre de 2.016 hasta la fecha en que se profiere este Laudo Arbitral, sin incluir intereses, prosperando así parcialmente esta pretensión.

SEXTO. En caso de mora en el pago de las sumas a reconocer en los términos indicados en el numeral anterior, se causarán intereses moratorios liquidados a la tasa liquidados a la tasa máxima permitida hasta cuando se produzca su pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

.SEPTIMO. No se accede a la prosperidad de la pretensión cuarta de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

OCTAVO. Condénase a la parte demandada al reconocimiento y pago en favor de la demandante de Costas Procesales en cuantía de \$20.601.438.00 y Agencias Derecho en cuantía de \$9.000.000.00 liquidadas en la forma indicada en la parte motiva del presente Laudo Arbitral que deberán ser canceladas dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral

NOVENO. Declárase fundada la objeción formulada por el demandante contra el dictamen pericial presentado por Mauricio González Vásquez en cuanto se refiere al área del inmueble, con las salvedades ya expresadas en la parte motiva del laudo y decláranse infundadas las demás objeciones formuladas por esta parte

DECIMO. Declarase fundada la objeción formulada por la demandada contra el dictamen pericial presentado por Mauricio González Vásquez en cuanto se refiere a la exclusión del área del mezanine, con las salvedades ya expresadas en la parte motiva del laudo

DECIMO PRIMERO. Declarase causado el el saldo final de los honorarios del Árbitro Único y de la secretaria del Tribunal, ordenando su pago. El presidente efectuará, en la oportunidad de ley, la liquidación final de gastos y de la misma rendirá cuenta razonada a las partes, efectuando la restitución de los saldos en el evento de que a ello hubiere lugar, conforme al artículo 28 de la Ley 1653 de 2012.

DECIMO SEGUNDO: Ordenase la expedición y entrega de copia auténtica de este Laudo Arbitral a cada una de las partes, por Secretaría.

DECIMO TERCERO. Ordenase la entrega del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena una vez quede en firme el Laudo Arbitral, para los efectos previstos en el artículo art. 47 de la ley 1563 del 2012.

CUMPLASE

JAIME BECERRA GARAVITO

ARBITRO ÚNICO

HELENE ELIZABETH ARBOLEDA DE EMILIANI

SECRETARIA

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CON
JOSE ALBERTO GOMEZ**

FECHA LAUDO: 26 de julio de 2018.

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DEL TRIBUNAL

PARTE CONVOCANTE: CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS DEL CARIBE CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S Y GESTIÓN SALUD S.A.S.

PARTE CONVOCADA: LILIA MARÍA AMBRAD GHISAYS Y JOSÉ ALBERTO GÓMEZ SOTO

FECHA LAUDO: 26 de julio de 2018

ÁRBITRO (S): JUAN GUILLERMO HINCAPIÉ MOLINA, MARGARITA VELEZ Y JOSE GABRIEL PEREIRA LLAMAS

SECRETARIO (A): MARIA PATRICIA PORRAS

RESUMEN TRIBUNAL CENTRO RADIO ONCOLOGICO CON JOSE ALBERTO GÓMEZ

TEMAS: Responsabilidad civil contractual; Contrato de enajenación de acciones, sentido, alcance y efectos de las cláusulas del contrato; principios del régimen contractual colombiano; incumplimiento del contrato de enajenación de acciones, daños y perjuicios.

RESUMEN TEMÁTICO: El asunto objeto de estudio se reduce a determinar jurídica y probatoriamente la posible responsabilidad civil contractual de las partes. Dicha responsabilidad debe ser analizada a la luz de los principios que rigen el régimen de contratación colombiano, específicamente para este caso, los principios de buena fe, el deber de colaboración o cooperación, deber de información, debida diligencia profesional, el deber de informarse y ser informado para la concreción de los negocios y la *Due diligence*. Para ello es necesario acreditar aspectos fundamentales como: *i.* La existencia de un contrato válido; *ii.* El incumplimiento contractual *iii.* El nexo de causalidad necesario entre el incumplimiento contractual y el daño generado y; *iv.* La existencia de un daño debidamente acreditado por la parte contractual que lo alega. Frente a **la existencia de un contrato válido** se evidenció del caso bajo estudio que el contrato de enajenación de acciones de la Sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus Establecimientos de Comercio y otro denominado “Otro si”, constituyen la manifestación de la voluntad

plasmada por las partes y las pautas bajo las cuales se iba a realizar el negocio jurídico, esto es, la compraventa de la totalidad de la composición accionaria de la sociedad CENTRO RADIO ONCOLÓGICO DEL CARIBE S.A.S. y sus establecimientos de comercio. Se evidencia de estos instrumentos contractuales, que los mismos tienen objetos y casusas lícitas; regulan la relación dada entre las partes e impone distintas conductas en cabeza de uno y otro extremo para el cumplimiento del objeto negocial. Aunado a lo anterior, las partes no cuestionan la existencia y validez del mencionado contrato. Para dilucidar **El incumplimiento contractual** del asunto bajo estudio, es necesario resolver algunos problemas jurídicos referentes a: 1. Precio de la venta y su determinación: el precio pactado por las partes fue de 12.000.000.000. oo, y fue establecido así a la luz de la normatividad vigente. No obstante lo anterior, con el documento denominado Otro si, se acordó que los compradores depositarían la suma de 2.000.000.000.oo, antes de los seis meses posteriores a la firma del contrato inicial lo cual se ratifica si tomamos el acuerdo modificatorio en donde se decanta igualmente la misma obligación, que nace desde esa fecha, pero solo cambiando la forma del depósito, en donde ya no sería un encargo fiduciario sino en una cuenta rentapremium max del Banco Colpatría de Cartagena, lo cual al día de hoy aún no se ha dado. 2. El plazo y la forma de pago: al respecto de este asunto, las partes indicaron que el depósito de una parte de precio de venta a cargo de los compradores con la finalidad y destinación de servir como garantía frente a la modalidad y tipo de contingencias acordadas entre ellos, en especial, contingencias de orden judicial. El plazo de pago del saldo final adeudado, fue acordado en ser pagado en el término de seis meses posteriores a la firma del contrato y pagados en forma de encargo fiduciario o fideicomiso por el valor de 2.000.000.000.oo. La aceptación por parte de los convocantes de haber hecho una retención de la suma restante y que debía ser depositada para garantizar eventualidades, constituye un claro incumplimiento tanto de las obligaciones como de los procedimientos pactados. Ahora bien respecto del **nexo de causalidad necesario entre el incumplimiento contractual y el daño generado** se demostró que el incumplimiento de las obligaciones que dan origen al trámite arbitral se encuentran acreditadas en cabeza de los compradores, parte convocante de este tribunal arbitral. Y finalmente **la existencia de un daño debidamente acreditado por la parte contractual que lo alega**, el daño sufrido por los vendedores con ocasión del incumplimiento de las obligaciones de los compradores, ostenta un claro nexo de causalidad con el incumplimiento de los compradores convocantes, tal y como quedo destacado en el laudo arbitral con la entidad suficiente para fundamentar e imputar responsabilidad civil y condena en cabeza de los convocantes.

REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES.

NORMAS: Constitución Política artículos 20, 83; Código Civil artículos 1535, 1602, 1603; 1625, 1915, 1849, 1864, 1928 ; Código de comercio artículos 824, 863, 871, 920, 943; Ley 1480 de 2011 artículo 2.

JURISPRUDENCIA:

- Corte Constitucional Sentencia C-840 de 2001
- Corte Constitucional Sentencia C- 527 de 2013
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.
- Laudo Arbitral. Beneficencia de Cundinamarca vs. Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A. Julio 31 de 2000.
- Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal de Arbitramento Juan Manuel Espinosa vs. Fiduestado S.A. y Banco de Estado S.A. del 18 de julio de 2005.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil Sentencia del 19 de febrero de 1999. Ver también: Corte Suprema de Justicia. G.J. T.LXI, p. 770.
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo proferido el 4 de abril del 2017 (Exp. 4025)

DOCTRINA:

- Arrubla, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Tomo I*. Biblioteca Jurídica Dike. 11ª Edición. Medellín 2004
- Solarte, Arturo. *La Buena Fe Contractual y Los Deberes Secundarios de Conducta*. VNIVERSITAS. Bogotá, 2004
- GHERSI, Carlos A. *Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial*
- Chamie, José F. *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato*. Revista de Derecho Privado No. 14. 2008
- Herrera Osorio, F y Mahecha Pulido, A. *Revisión general de los deberes secundarios de conducta de las sociedades fiduciarias en el contrato de fiducia*. Revista Derecho y Realidad. 2011.
- El factor de imputación de la responsabilidad profesional En la doctrina moderna, Alma Ariza Fortich, Revista de Derecho, Universidad del Norte, 34: 306-342, 2010.
- Chinchilla Imbett, Carlos A. *El deber de información contractual y sus límites*. Revista U externado. 2011.
- CANCINO RESTREPO, FERNANDO, Estudios de derecho privado, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1979 .
- Bernardo Soto Peñafiel. *Due diligence financiera*. Revista Contaduría Pública del Instituto Mexicano de Contadores Públicos. Mexico, 2015
- Ernesto Rengifo García. *Las facultades unilaterales de la contratación moderna*. (Editorial LEGIS, pp. 43-44),

TRANSCRIPCIÓN DEL LAUDO

LAUDO ARBITRAL.

Fecha y hora: Cartagena de Indias, D.T y C., **JULIO 26 DE 2018, 10:00 a.m.**

Convocante: CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS DEL CARIBE CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S Y GESTIÓN SALUD S.A.S.

Convocada: LILIA MARÍA AMBRAD GHISAYS Y JOSÉ ALBERTO GÓMEZ SOTO.

Árbitros: JUAN GUILLERMO HINCAPIE, Presidente.
MARGARITA EUGENIA VELEZ VASQUEZ, Árbitro.
JOSE GABRIEL PEREIRA LLAMAS, Árbitro.

Secretaria: María Patricia Porras Mendoza.

Asunto: **Laudo Arbitral.**

Habiéndose surtido la totalidad de las actuaciones procesales que prescribe la ley 1563 del 2012, y en lo pertinente, las consagradas en el Código General del Proceso, procede el presente Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre las sociedades **CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS DEL CARIBE CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S Y GESTIÓN SALUD S.A.S.**, como parte convocante, y los señores **LILIA MARÍA AMBRAD GHISAYS Y JOSÉ ALBERTO GÓMEZ SOTO**, como parte convocada, a proferir el laudo arbitral que resuelve las diferencias que han sido sometidas a estudio, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

I. CAPÍTULO PRIMERO. ANTECEDENTES

1. PACTO ARBITRAL.

La habilitación del Tribunal proviene de la ley 1563 del 2012, y del pacto arbitral contenido en la cláusula compromisoria establecida en la cláusula N° 18 del “*Contrato de enajenación de acciones de la sociedad centro radio oncológico del caribe S.A.S y sus establecimientos de comercio*” celebrado entre las partes el día 01 de noviembre de 2014, el cual fue adicionado mediante documento suscrito el 4 de mayo de 2015 denominado “*otro si contrato de enajenación de acciones de la sociedad centro radio oncológico del caribe S.A.S y sus establecimientos de comercio*”⁹, del siguiente tenor:

“COMPROMISORIA: Las diferencias que surjan entre las partes por razón o con ocasión del presente contrato procuraran resolver mediante procedimiento de autocomposición, tales como la transacción, amigable composición o conciliación, los cuales podrán ser designados por las partes. Para este efecto las partes dispondrán de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación en que cualquiera de ellas requiera a la otra por escrito en tal sentido, término que podrá ser prorrogado de común acuerdo. En caso de fracasar los mecanismos de arreglo directo dentro del plazo anterior a su prórroga, las diferencias serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento, teniendo en cuenta las siguientes reglas: a). El tribunal de arbitramento funcionara en la ciudad de Cartagena de indias, y sesionara en el centro de conciliación, Arbitraje y amigable composición o el que exista para tal fin en la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias. b) El tribunal de arbitramento estará integrado por tres (3) árbitros designados por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable composición de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias, y fallara en derecho, en el término de 6 meses a partir de la primera audiencia de trámite. c) Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, y demás normas vigentes sobre la forma como las partes deben consignar los gastos y honorarios del Tribunal al inicio del trámite del proceso arbitral, se conviene que al final la parte que resulte vencida, los asuma en su integridad, pero si la decisión solo le es parcialmente desfavorable, se distribuirán de manera que refleje el resultado obtenido.”

2. PARTES PROCESALES Y SU REPRESENTACIÓN:

⁹ Folios 40 a 42.

CONVOCANTE: La parte convocante se encuentra conformada por las sociedades **CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS DEL CARÍBE CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S.**, sociedad identificada con el NIT.: 806.013.466-9, con domicilio en la ciudad de Cartagena, carrera 48 N° 30-60, y correo electrónico cio_delcaribe@hotmail.com, representada legalmente por el señor Juan Carlos Fernández Mercado, identificado con cédula de ciudadanía N° 7.921.624 y **GESTIÓN SALUD S.A.S.**, sociedad identificada con el NIT.: 806.015.201-3, con domicilio en la ciudad de Cartagena, calle 29 N° 38-20, y correo electrónico info@gestionsaludsa.com, representada legalmente por el señor Julio César Borelly Julio, identificado con cédula de ciudadanía N° 73.151.756. Viene representada en el proceso por el abogado **ALFONSO HERNANDEZ TOUS**, identificado con la cédula de ciudadanía N°92.495.164, portador de la tarjeta profesional N°32.680 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, a quien se le reconoció personería para actuar mediante AUTO N°01 proferido en audiencia de fecha 5 de julio de 2017¹⁰.

CONVOCADO: La parte convocada se encuentra conformada por los señores **LILIA MARIA AMBRAD GHISAYS**, identificada con cédula de ciudadanía N° 33.151.213, domiciliada en Cartagena, y residenciada en Bocagrande, carrera segunda N° 6-83, apartamento 8B, o Castillogrande, carrera 11 N° 6-13, Edificio Claro de Luna, apartamento 12-01, y correo electrónico jgomezshb@yahoo.com y **JOSÉ ALBERTO GÓMEZ SOTO**, identificado con cédula de ciudadanía N° 77.013.931, domiciliado en Cartagena, residenciado también en Bocagrande, carrera segunda N° 6-83, apartamento 8B, o Castillogrande, carrera 11 N° 6-13, Edificio Claro de Luna, apartamento 12-01, y correo electrónico jgomezshb@yahoo.com. Viene representada en el proceso por el abogado principal **RAMÓN BETANCOURT DE ARCO**, identificado con cédula de ciudadanía N°73.153.124, portador de la tarjeta profesional N°95.410 del Consejo Superior de la Judicatura, a quien se le reconoció personería para actuar mediante AUTO N°01, proferido en audiencia de fecha 5 de julio de 2017¹¹ y por el apoderado sustituto, **ANTONIO JOSE ELJACH GOMEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía número 73.158.923 y tarjeta profesional número 130.766 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, a quien se le reconoció personería para actuar mediante AUTO N°014 (ACTA N°010), proferido en audiencia de fecha 20 de diciembre de 2017¹²

3. LA DEMANDA ARBITRAL:

La solicitud de convocatoria al Tribunal fue presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, el día 16 de mayo de 2017.

Las controversias suscitadas entre las partes devienen del “*Contrato de enajenación de acciones de la sociedad centro radio oncológico del caribe S.A.S y sus establecimientos de comercio*” celebrado entre las partes el día 01 de noviembre de 2014, adicionado mediante documento suscrito el 4 de mayo de 2015 denominado “*otro sí contrato de enajenación de acciones de la sociedad centro radio oncológico del caribe S.A.S y sus establecimientos de comercio*”, , cuyo objeto, según la cláusula primera es: ““(…)LOS VENDEDORES proceden a enajenar a LOS COMPRADORES de manera pura y simple, sin condición resolutoria alguna y libres de toda carga o gravamen, la totalidad de la composición de la accionaria objeto del presente contrato. En contraprestación LOS COMPRADORES recibirán de LOS VENDEDORES en la misma manera, de conformidad en los términos y condiciones que se señalan en el presente Contrato las cien (100) acciones ordinarias y nominativas, propiedad de LOS VENDEDORES, que corresponden al (100%) cien por

¹⁰ Folios 367 a 370.

¹¹ Folios 367 a 370.

¹² Folios f 1726-1740.

ciento de la totalidad de la composición accionaria de la sociedad denominada, CENTRO RADIO ONCOLOGICO DEL CARIBE S.A.S.”.

En su demanda arbitral las sociedades CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS DEL CARIBE CLINICA DE LA MUJER S.A.S Y GESTIÓN SALUD S.A.S, formularon las siguientes PRETENSIONES que fueron posteriormente reformadas e integradas en un único escrito¹³ de la siguiente manera:

“V. PRETENSIONES

Solicito a los señores árbitros se sirvan hacer las siguientes declaraciones y condenas:

5.1. Solicito a los señores Árbitros se sirvan declarar que LAS CONVOCANTES han cumplido a cabalidad con las obligaciones derivadas del contrato de compraventa celebrado por escrito del 1 de noviembre de 2014, con LOS CONVOCADOS, denominado “Contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio”, el cual fue adicionado mediante documento suscrito el 4 de mayo de 2015 denominado “Otro si al contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio”, por las razones expuestas en los hechos de esta demanda.

5.2. Solicito a los señores Árbitros se sirvan declarar que LOS CONVOCADOS Lilia María Ambrad Ghisays y José Alberto Gómez Soto incumplieron el citado contrato por las razones expuestas en los hechos de esta demanda.

5.3. Solicito a los señores Árbitros se sirvan declarar que LAS CONVOCANTES Centro de Investigaciones Oncológicas del Caribe Clínica de la Mujer S.A.S y Gestión Salud S.A.S. no están obligadas a pagar a LOS CONVOCADOS Lilia María Ambrad Ghisays y José Alberto Gómez Soto, la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00) por concepto de saldo del precio pactado en contrato de compraventa celebrado por escrito del 1 de noviembre de 2014, denominado “Contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio”, el cual fue adicionado mediante documento suscrito el 4 de mayo de 2015 denominado “Otro si al contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio”, por las razones expuestas en los hechos de esta demanda.

5.4. Solicito a los señores Árbitros se sirvan condenar a LOS CONVOCADOS Lilia María Ambrad Ghisays y José Alberto Gómez Soto, adicionalmente, a pagar a LAS CONVOCANTES Centro de Investigaciones Oncológicas del Caribe Clínica de la Mujer S.A.S y Gestión Salud S.A.S. la suma de dos mil trescientos noventa y siete millones cincuenta y nueve mil setecientos setenta y seis pesos (\$2.397.059.776.00), por concepto de reembolso de gastos efectuados y sumas dejadas de recibir, en virtud de la insuficiencia de la garantía de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00), constituida por LOS CONVOCADOS para el pago de contingencias ocurridas durante la administración de LOS CONVOCADOS, más los intereses moratorios que se causen sobre dicha suma desde que se hicieron exigibles hasta cuando se produzca el pago en su totalidad, conforme se explica en los hechos de esta reforma de demanda.

5.5. Solicito a los señores Árbitros se sirvan condenar a LOS CONVOCADOS Lilia María Ambrad Ghisays y José Alberto Gómez Soto, a constituir en favor de LOS CONVOCANTES Centro de Investigaciones Oncológicas del Caribe Clínica de la Mujer S.A.S y Gestión Salud S.A.S. una

¹³ Folios 459 a 555.

garantía por la suma de un mil millones de pesos (\$1.000.000.000.00) para amparar los gastos en que, eventualmente, deba incurrir la PARTE CONVOCANTE conforme a los hechos de esta demanda, debido a la insuficiencia de la garantía de los dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00).

5.6. Solicito a los señores Árbitros que, con base en la prosperidad de las anteriores pretensiones, se sirvan declarar liquidado el contrato de compraventa de acciones y establecimientos de comercio a que se refieren los hechos de esta demanda, de al (sic) manera que el laudo que se profiera en este proceso cierre toda discusión futura entre las partes respecto de dicho contrato.”

La convocante fundamentó sus pretensiones en los hechos relacionados en la demanda, los cuales fueron integrados en la reforma de la demanda textualmente de la siguiente manera:

“IV. HECHOS

Baso esta demanda en los siguientes hechos

“4.1. Entre los señores Lilia María Ambrad Ghisays y José Alberto Gómez Soto, en adelante “PARTE CONVOCADA” o “LOS CONVOCADOS”, por una parte y Centro de Investigaciones Oncológicas del Caribe Clínica de la Mujer S.A.S y Gestión Salud S.A.S., en adelante “PARTE CONVOCANTE” o “LAS CONVOCANTES “ se celebró, por escrito del 1 de noviembre de 2014, negocio jurídico que LAS PARTES denominaron “Contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio”, el cual fue adicionado mediante documento suscrito el 4 de mayo de 2015 denominado “Otro si al contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio”.

4.2. En virtud de dicho contrato, LOS CONVOCADOS enajenaron, en favor de LOS CONVOCANTES, a título de venta, de manera pura y simple, sin condición resolutoria alguna y libre de toda carga o gravamen, los siguientes bienes:

4.2.1. La totalidad de las acciones de que eran titulares, consistentes en 100 acciones ordinarias y nominativas en la sociedad denominada Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S., sociedad domiciliada en Cartagena e identificada con el Nit 806007650-3 y matrícula mercantil número 09-148393-12 de la Cámara de Comercio de Cartagena.

4.2.2. Los establecimientos de comercio de propiedad de Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S., ubicados en el barrio Armenia, callejón Virtud o carrera 48 y en el lote número 13, de la manzana C de la Urbanización, denominada ésta última, por los vendedores, como sede nueva y otro en la denominada sede vieja, ubicada en la Avenida Pedro de Heredia, calle 31 con carrera 48, esquina3, todo lo anterior como unidad económica.

4.3. LAS PARTES vendedora y compradora pactaron como precio por la venta de dichas acciones y establecimientos de comercio la suma total de doce mil millones de pesos (\$12.000.000.000.00), discriminados, así: dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00) correspondientes al valor comercial de las acciones objeto de venta, lo cual indica que cada acción tiene un precio de veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) y diez mil millones de pesos (\$10.000.000.000.00) por concepto de la masa de activos, muebles, planta, equipos, cuentas por cobrar e intangibles de Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S.

4.4. LAS PARTES vendedora y compradora acordaron el pago del precio citado en los siguientes términos:

4.4.1. La suma de dos mil quinientos millones de pesos (\$2.500.000.000.oo), al momento de la suscripción del citado contrato, los cuales fueron recibidos por los vendedores a entera satisfacción.

4.4.2. La suma de nueve mil quinientos millones de pesos (\$9.500.000.000.oo), se acordó pagar así:

4.4.2.1. La suma de siete mil quinientos millones de pesos (\$7.500.000.000.oo) en una sola cuota, dentro de los seis meses posteriores a la firma del contrato;

4.4.2.2. El saldo, es decir, la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.oo), se convino en destinarlos para la constitución de un encargo fiduciario o fideicomiso, los cuales debían ser depositados por los compradores dentro de los seis meses posteriores a la firma del contrato ; de esa suma mil millones de pesos (\$1.000.000.000.oo) se pactó que debían permanecer bajo esa figura por el término de un año contado a partir de la fecha de su depósito y mil millones de pesos (\$1.000.000.000.oo) por el término de dos años contados a partir de la firma del contrato.

Se convino por LAS PARTES que ese fideicomiso se tendrá como garantía dentro del citado contrato, ante posibles demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad médica, responsabilidades contractuales o extracontractuales o reclamaciones de tipo económico que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del contrato.

Igualmente se pactó que los dineros depositados en el encargo fiduciario serán entregados en su totalidad a los vendedores, en los porcentajes que le correspondan a cada uno, de acuerdo a su participación accionaria, una vez venza el término por el cual se constituyó el fideicomiso.

4.5. Mediante documento denominado "OTRO SI AL CONTRATO DE ENAJENACION DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD CENTRO RADIO ONCOLÓGICO DEL CARIBE SAS Y SUS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO", suscrito entre LAS PARTES convocada y convocante el día 4 de mayo de 2015, se modificó la cláusula tercera literal b) numeral 1) del contrato suscrito, en lo que se refiere a la forma y condiciones de pago de la parte del precio, por la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.oo), en el sentido de que ese valor debe depositarse en el Banco Colpatria de Cartagena , oficinas ubicadas en Bocagrande, cuenta de ahorros Rentapremium Max número 4252002452 a nombre de los señores Lilia María Ambrad Ghisays y José Alberto Gómez Soto para consignar quinientos millones de pesos (\$500.000.000.oo) y otra cuenta de ahorros Rentapremium Notificación número 4252002450 a nombre de los señores Lilia María Ambrad Ghisays y José Alberto Gómez Soto, para consignar mil quinientos millones de pesos (\$1.500.000.000.oo).

4.6. Se pactó, igualmente en este otro si, que esta parte del precio, por la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.oo) se tendrá como garantía dentro del contrato de enajenación de acciones, ante posibles demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad médica, responsabilidades contractuales o extracontractuales o reclamaciones de tipo económico que surjan por hechos que ocurrieron antes de la firma del contrato.

4.7. En esta cláusula se excluyó cualquier diferencia correspondiente a conciliaciones de cartera de clientes y de pasivos suscritos a partir del 1 de mayo de 2015 y se dispuso que la nueva administración del Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. no admitirá facturas o conciliaciones

de proveedores con posterioridad al 1 de mayo de 2015, por servicios prestados a 31 de octubre de 2014.

4.8. En el párrafo segundo de esta cláusula tercera, literal b) numeral 1 del contrato, ya modificada, se pactó por LAS PARTES, que para generar cualquier pago de las sumas señaladas anteriormente, no habiendo transcurrido los términos señalados, por obligaciones de los vendedores que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del contrato de enajenación de acciones de fecha 1 de noviembre de 2014, se necesita un visto bueno tanto de los compradores como de los vendedores, para que se efectúe el correspondiente pago, cláusula ésta que deberá entenderse en la medida en que tenga debida aplicación y el contrato produzca efectos.

4.9. La PARTE CONVOCANTE pagó oportunamente por concepto del precio de venta la suma de diez mil millones de pesos (\$10.000.000.000.00) a la parte convocada y ésta la recibió a entera satisfacción dentro del plazo estipulado en el contrato.

4.10. El saldo de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00), que sirve de garantía para el pago de contingencias ocurridas durante la administración de LOS CONVOCADOS, no fue depositado en el Banco Colpatría, cuentas Renta Premium, porque LOS CONVOCADOS tenían el control sobre dichas sumas para efectos de su disposición y lo razonable era que dicho retiro se produjera luego del pago de todas las contingencias que fueron garantizadas con dicho valor.

4.11. En reunión celebrada entre LAS PARTES se decide que a cambio de mantener la garantía sobre los dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00), mis representados le reconocieran a LOS CONVOCADOS la suma de nueve millones trescientos cuatro mil doscientos ochenta pesos (\$9.304.280.00) mensuales, los cuales se pagaron a LOS CONVOCADOS desde el mes de mayo de 2015 hasta el mes de diciembre de 2016, pero dejó de pagarse a LOS CONVOCADOS desde el mes de enero de 2017, porque LOS CONVOCANTES han estimado que los recursos de la garantía no son suficientes para pagar las contingencias garantizadas.

4.12. Mis representados, para no afectar los intereses de Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S y los suyos propios, han tenido que pagar una serie de gastos generados por dicha compañía durante la administración de LOS CONVOCADOS, por cuanto éstos no atendieron deudas a cargo de la sociedad.

4.13. La suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00), como parte del precio, la retienen mis representados, por cuanto garantizan dos tipos de eventualidades: unas consistentes en sumas de dinero que se han pagado efectivamente ; otras que necesariamente tendrán que pagarse en el futuro ; algunas que se han dejado de recibir y que por tanto deben deducirse de ese valor y otras que configuran contingencias, que, como tales, pueden ocurrir o no, pero que pueden afectar los intereses de mis representados.

4.14. Dentro de los costos que Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. tuvo que pagar, en el futuro tendrá que asumir o que dejará de ganar y que estaban amparados con la garantía de los dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00) se encuentran los siguientes:

4.14.1. Centro Radio Oncológico tuvo que devolver a Salud Total la suma de ciento noventa y un millones doscientos doce mil novecientos sesenta y seis pesos (\$191.212.966.00), por haber cobrado en exceso algunos medicamentos cuyos topes se encuentran fijados por la Superintendencia Nacional de Salud.

4.14.2. Centro Radio Oncológico tuvo que devolver a Famisanar la suma de noventa y tres millones cuatrocientos cincuenta y cuatro mil setecientos tres pesos

(\$93.454.703.00), por haber cobrado en exceso algunos medicamentos cuyos topes se encuentran fijados por la Superintendencia Nacional de Salud.

4.14.3. Centro Radio Oncológico tuvo que devolver a Nueva EPS la suma de ciento veinte millones seiscientos seis mil doscientos cincuenta y cuatro pesos (\$120.606.254.00), por haber cobrado en exceso algunos medicamentos cuyos topes se encuentran fijados por la Superintendencia Nacional de Salud.

4.14.4. LOS CONVOCADOS deben reembolsar a LOS CONVOCANTES la suma total de ciento setenta y cuatro millones ciento cincuenta y u mil ochocientos cincuenta y tres pesos con cincuenta y tres centavos (\$174.151.853.53) por concepto de los pagos que les hicieron mensualmente con la finalidad de mantener bajo su control la garantía sobre los dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00), como parte del precio, suma que finalmente resultó insuficiente para pagar las contingencias garantizadas.

4.14.5. LOS CONVOCADOS deben pagar a LOS CONVOCANTES el importe correspondiente a las glosas formuladas por deudores y aceptadas, de manera justificada, por mis representados, las cuales se encuentran señaladas en las conciliaciones con los clientes y que constituyen la cartera recibida en la negociación, por la suma de cuatrocientos un millones cuatrocientos siete mil ciento cuarenta pesos (\$401.407.140.00).

4.14.6. LOS CONVOCADOS deben pagar a LOS CONVOCANTES la suma de novecientos noventa y tres millones quinientos veintidós mil novecientos un pesos (\$993.522.901.00) que corresponde al valor de la cartera no recuperable por falta de soportes, pues correspondía a saldos iniciales en el montaje del software en el año 2012 y después de las gestiones de recaudo fue llevada a resultados del periodo 2016 afectando la utilidad y por conciliaciones no descargadas del sistema.

4.14.7. LOS CONVOCADOS deben pagar a LOS CONVOCANTES el valor de la cartera recibida de LOS CONVOCADOS como cobrable, por la suma de doscientos ochenta y nueve millones doscientos mil trescientos diez pesos (\$289.200.310.00) debido a que su recuperación ha sido totalmente imposible, en razón de su antigüedad, pues pasa de los mil (1.000) días.

4.14.8. LOS CONVOCADOS deben pagar a LOS CONVOCANTES la suma de sesenta y nueve millones quinientos cuarenta y un mil ochocientos noventa y cuatro pesos (\$69.541.894.00) que corresponde al valor de la cartera que fue radicada por mis representados en la nueva administración, la cual no ha sido reconocida ni pagada por las EPS COOSALUD por la suma de cincuenta millones seiscientos noventa y cinco mil trescientos sesenta y seis pesos (\$50.695.366.00) y SALUDCOOP por valor de diez y ocho millones ochocientos cuarenta y seis mil quinientos veintiocho pesos (\$18.846.528.00).

4.14.9. LOS CONVOCADOS deben pagar a LOS CONVOCANTES la suma de setecientos cuarenta y tres millones seiscientos doce mil setecientos cincuenta y tres pesos (\$743.612.753.00) que corresponde al costo de adquisición, mediante la modalidad de leasing (Leasing Bancolombia contrato No.161863-50) de licencia de Software y dispositivos para procedimientos con braquiterapia por valor de setecientos cuarenta y un millones setecientos cincuenta y ocho mil setecientos cincuenta y tres pesos (\$741.758.753.00), más el costo de la comisión por la suma de un millón

ochocientos cincuenta y cuatro pesos (\$1.854.000.00.). Esta transacción no estaba registrada en la contabilidad para la fecha de la negociación, es decir el 30 de junio de 2014.

La adquisición de este equipo implica un detrimento económico para mis representados, por cuanto El Centro Radio Oncológico no tiene habilitado el servicio para el cual se utilizaría este software, que básicamente son patologías endobronquiales y endoesofágicas, cerviz uterino y cuerpo uterino, mama, partes blandas, próstata, patologías relacionadas con otorrinolaringología, intracraneales e intraoperatorios, razón por la cual no puede explotar el equipo en mención.

4.14.10. Los vendedores no habían pagado la certificación ISO 2014 por la suma de cuatro millones setecientos setenta y tres mil cuatrocientos pesos (\$4.773.400.00), razón por la cual mis representados tuvieron que asumir ese pago.

4.14.11. El Sena le impuso a Centro Radio Oncológico en el año 2015 una multa por la suma de seiscientos nueve mil ciento cincuenta pesos (\$609.150.00) por irregularidades cometidas con los contratos de aprendizaje con estudiantes de dicha institución, la cual tuvo que ser pagada por dicha sociedad.

4.14.12. Centro Radio Oncológico tuvo que pagar una factura emitida por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique "Cardique" por la suma de trescientos setenta y seis mil cuatrocientos veinte pesos (\$376.420.00) por concepto de servicio de laboratorio realizado a reporte de análisis fisicoquímico de muestra de agua, solicitado el 17 de junio de 2014, suma que LOS CONVOCADOS no habían pagado.

4.14.13. Los costos que en el futuro generará la actividad de sacar el equipo de cobaltoterapia de las instalaciones de Centro Radio Oncológico del Caribe SAS, por cuanto se trata de una fuente radio activa que implica enorme riesgo ambiental y su presencia puede generar hasta la sanción de cierre del establecimiento de comercio. Este equipo está amparado por una licencia a nombre de Centro Radio Oncológico del Caribe SAS.

El equipo no fue inventariado al momento de la negociación de venta y su salida implica un costo aproximado de 174.930 dólares americanos, los cuales a la tasa representativa del mercado de hoy equivale a la suma de quinientos veinte millones sesenta y tres mil trescientos noventa y un pesos (\$520.063.391.00).

4.14.14. LOS CONVOCADOS construyeron edificación excediendo lo autorizado en la licencia de construcción expedida por Curaduría Urbana, por cuanto el quinto piso no está incluido y esa información fue ocultada por LOS CONVOCADOS al momento de celebrar el negocio de compraventa.

El área total construida fue de 3.240,87 metros cuadrados, en un lote que tiene una cabida de 925,65 metros cuadrados, razón por la cual, en los actuales momentos Centro Radio Oncológico del Caribe SAS necesita un área de 186,57 metros cuadrados para legalizar lo construido y no disponen de esa área dentro del inmueble adquirido, razón por la cual deben comprar forzosamente un predio colindante y su costo es de trescientos setenta y cuatro millones de pesos (\$374.000.000.00) a razón de dos millones de pesos (\$2.000.000.00) el valor del metro cuadrado, área que no hubiera sido necesario adquirir si LOS CONVOCADOS hubieran cumplido las normas urbanísticas que en su momento había autorizado la Curaduría Urbana .

Con el lote que falta se compensaría el área faltante producto del exceso en los metros cuadrados construidos, es decir, se reduce el riesgo de una demolición de lo excesivamente construido.

4.14.15. Cuando se celebró el negocio de compraventa, LOS CONVOCADOS presentaron a mis representados estados financieros a corte del 30 de junio de 2014, que reflejaban utilidades acumuladas del negocio explotado por Centro Radio Oncológico del Caribe SAS. por la suma de seiscientos diez y siete millones nueve mil cuatrocientos noventa y cuatro pesos con cincuenta y ocho centavos (\$617.009.494.58), y por esa razón mis representados les pagaron seis (6) cuotas mensuales por la suma de cincuenta y cinco millones ochocientos mil pesos (\$55.800.000.00), lo cual arroja una suma total de trescientos treinta y cuatro millones ochocientos mil pesos (\$334.800.000.00), por concepto de presuntas utilidades que arrojaría el negocio de acuerdo con los estados financieros presentados.

No obstante lo anterior, luego de hacer los estudios pertinentes, mis representados han llegado a la conclusión de que realmente el negocio arrojaba pérdidas por ciento noventa y siete millones cuatrocientos cincuenta y tres mil ciento sesenta y ocho pesos (\$197.453.168.00) al corte del mismo periodo, por cuanto en ese momento no se descargaron montos por concepto de cartera no cobrable por glosas aceptadas a EPS, razón por la cual no debieron pagar esa cifra. Por tanto los convocados deben reembolsar dicha suma a mis representados.

4.14.16. Centro Radio Oncológico pagó a la señora Carmen Luna Coronado la suma de treinta y seis millones setecientos sesenta y un mil trescientos trece pesos (\$36.761.313.00) por concepto de una condena laboral impuesta dentro del proceso laboral que promovió dicha señora contra Centro Radio Oncológico del Caribe SAS, por violación a sus derechos laborales y que cursó en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena y se identifica con la radicación número 13001-3105-0032014-00188-00.

4.14.17. Además, Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. debe pagar el cálculo actuarial por el tiempo en que la señora Carmen Luna Coronado no fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones y por tanto no se realizaron sus aportes, valor que el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. liquidó en la suma de veintiún millones novecientos treinta y un mil quinientos veintiún pesos (\$21.931.521.00) con corte al mes de agosto de 2017.

4.14.18. Centro Radio Oncológico del Caribe SAS pagó a la señora Edith Del Carmen Cabrales Ríos la suma de siete millones ochocientos sesenta y siete mil setecientos setenta y ocho pesos (\$7.867.778.00) por concepto de liquidación de contrato de trabajo con corte al periodo bajo responsabilidad de los CONVOCADOS, por cuanto fue una de las trabajadoras que no se pudo indemnizar al momento de la celebración del negocio de venta de acciones y establecimiento de comercio, tal como fue pactado, porque padecía de cáncer.

4.14.19. Centro Radio Oncológico del Caribe SAS pagó al señor Modesto Rodríguez Julio la suma de seis millones doscientos setenta y siete mil veinte nueve pesos (\$6.277.029.00) por concepto de liquidación de contrato de trabajo, más la suma de cuatrocientos cuarenta y cinco mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos (\$445.844.00) por concepto de reliquidación de indemnización por despido sin justa causa, para un total de seis millones setecientos veintidós mil ochocientos setenta y tres pesos (\$6.722.029.00) con corte al periodo bajo responsabilidad de los CONVOCADOS. Lo anterior por cuanto fue uno de los trabajadores que no se pudo despedir e indemnizar al momento de la celebración del negocio de venta de acciones y establecimiento de comercio, tal como fue pactado, porque estaba incapacitado.

4.14.20. Centro Radio Oncológico del Caribe SAS debió pagar a la Secretaría de Hacienda Distrital de Cartagena de Indias por concepto de sanción por no declarar a tiempo el Impuesto de Industria y Comercio la suma de cuatrocientos cuarenta y cuatro mil pesos (\$444.000.00), correspondientes a las vigencias 2012 y 2013.

4.14.21. Centro Radio Oncológico del Caribe SAS debió pagar a la abogada Eveglisel Pérez Torres, la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000.00) por asumir la defensa jurídica ante la Secretaría de Hacienda, dentro del trámite que condujo a la sanción mencionada en el hecho anterior, la cual estaba inicialmente estimada en la suma de tres mil ochocientos cuarenta y un millones veintitrés mil quinientos pesos (\$3.841.023.500.00).

4.14.22. Centro Radio Oncológico del Caribe SAS pagó a Centrimontaje-ingeniero Luis Eduardo Rengifo la suma de siete millones de pesos (\$7.000.000.00) por concepto de honorarios para evaluar el cumplimiento del estándar de Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas "RETIE" establecido en la resolución 180466 de 2007 emitida por el Ministerio de Minas y Energía e incluido en la norma NTC 2050. Con dicho trabajo se confirmó que los datos incluidos en el documento en cuestión emitido por Jorge Chejuan De La Rosa no corresponden al edificio donde funciona Centro Radio Oncológico del Caribe SAS. Sino al edificio Ópalo ubicado en el barrio de Manga de la ciudad de Cartagena.

4.14.15. LOS CONVOCANTES han pagado, pagarán en el futuro, dejaron y dejarán de recibir, la suma total de cuatro mil trescientos noventa y siete millones cincuenta y nueve mil setecientos setenta y seis pesos (\$4.397.059.776.00), suma que deberá imputarse a la garantía de los dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00) ya mencionada.

Por tanto LOS CONVOCANTES nunca debieron pagar a LOS CONVOCADOS los dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00) por concepto de la garantía y menos los intereses por esa suma.

Ello indica que son los CONVOCADOS quienes deben pagar a mis representados la suma de dos mil trescientos noventa y siete millones cincuenta y nueve mil setecientos setenta y seis pesos (\$2.397.059.776.00) más sus intereses moratorios desde que cada concepto se causó hasta que se produzca su pago total.

4.14.16. De conformidad con la información que he recibido de mis representados, éstos suscribieron en favor de los CONVOCADOS pagaré con espacios en blanco, relacionados con el monto y fecha de vencimiento, para garantizar el pago del saldo del precio por la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00) que ya hemos mencionado.

4.14.17. Según mis representados, los demandados llenaron dicho pagaré por la suma de cuatro mil cuatrocientos millones de pesos (\$4.400.000.000.00) y con dicho documento promovieron proceso ejecutivo contra los demandantes, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena y se identifica con la radicación número 125-2017.

4.14.18. En la demanda que, por conducto de apoderado, dio inicio a dicho proceso ejecutivo, los señores Lilia María Ambrad Ghisays y José Alberto Gómez Soto, guardan silencio sobre la circunstancia que dicho pagaré fue librado con espacios en blanco en materia de cuantía y plazos.

4.14.19. Centro de Investigaciones Oncológicas del Caribe Clínica de la Mujer S.A.S., por conducto de apoderado, presentó ante dicho despacho judicial memorial de excepciones de mérito contra las

pretensiones de la demanda, el día 13 de julio de 2017, en que propuso las siguientes excepciones de mérito: “Excepción derivada del negocio jurídico subyacente, falta de exigibilidad del título por no haberse acreditado el incumplimiento del contrato que originó la creación del pagaré y diligenciamiento del mismo contrario a las instrucciones otorgadas”, “Excepción de contrato no cumplido”, “Excepción de cumplimiento o pago total de la obligación”, y “Excepción de cobro de lo debido”.

4.15. Dentro de los costos que eventualmente se vería obligada a pagar Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y que estaban amparados con la garantía de los dos mil millones (\$2.000.000.000.oo), se encuentran los siguientes:

4.15.1. Probabilidad de que nuevos pagadores del Sistema General de Seguridad Social en Salud “SGSSS” reclamen por concepto cobro en exceso de medicamentos.

4.15.2. Probabilidad de investigaciones y sanciones por parte de la Superintendencia Nacional de Salud o de la Contraloría General de la Nación, por concepto de cobro en exceso de medicamentos.

4.15.3. Centro Radio Oncológico del Caribe SAS. promovió proceso contra el Hospital Naval de Cartagena, por concepto de facturación pendiente de pago y obtuvo una condena por la suma de mil ochocientos siete millones de pesos (\$1.807.000.000.oo)

En los actuales momentos el Hospital Naval pide devolución de la suma de setecientos cuarenta y ocho millones diez y nueve mil novecientos setenta y cinco pesos (\$748.019.975.oo) por considerar que hubo doble pago.

Existe alta probabilidad de que el Ministerio de Defensa promueva una acción judicial contra Centro Radio Oncológico del Caribe SAS. por concepto de la devolución de esa suma y por tanto riesgos de condena por ese concepto. Ese valor debe dejarse como garantía de esa contingencia.

Por ello plantearemos en esta demanda una pretensión consistente en que se ordene a LOS CONVOCADOS constituir una garantía para cubrir estas contingencias.

4.16. Existen otras irregularidades cometidas por LOS CONVOCADOS que, aunque no implican erogación económica para LOS CONVOCANTES, si configuran situaciones de incumplimiento contractual, como las siguientes:

4.16.1. LOS CONVOCADOS, al momento de la celebración del contrato de compraventa, no informaron a mis representados sobre una multa que había impuesto INVIMA por la suma de quince millones ciento cincuenta y un mil novecientos treinta y un pesos (\$15.151.931.oo).

Solo cinco (5) meses después, cuando se elaboró el documento denominado “Acta de conciliación financiera” el día 30 de abril de 2015, fue que se reconoció ese hecho y por ello la parte convocada descontó ese valor del precio de venta, tal como se evidencia en dicho documento.

4.16.2. Se encontró que la administración anterior a la venta no cumplió con la obligación legal de reportar indicadores de pacientes atendidos a la Superintendencia Nacional de Salud, que es un insumo necesario para que el Estado se organice en cuanto al presupuesto del Ministerio Salud.

En este caso no hubo sanción económica pero se trata de un pésimo antecedente y por ello fue necesario hacer un compromiso de no incurrir en las mismas irregularidades por parte del Centro Radio Oncológico del Caribe SAS.

4.17. Todos los anteriores supuestos son indicativos de que la parte convocada no cumplió adecuadamente con el deber de información a que está obligada y con otras obligaciones que se derivan del contrato celebrado y que por tanto ha incurrido y viene incurriendo en responsabilidad civil contractual.

4.18. No obstante lo anterior, LA PARTE CONVOCADA pretende que mis representados le paguen el saldo del precio mencionado a lo cual se han opuesto LOS CONVOCANTES.

4.19. La PARTE CONVOCANTE me ha otorgado poder para promover este proceso arbitral.”.

4. ETAPA INICIAL:

4.1. Nombramiento de Árbitros y Secretaria del Tribunal.

En el Centro del Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, el día 5 de julio del 2017, se celebró la Audiencia de Instalación del Trámite Arbitral¹⁴, en la cual se efectuó la designación de los Árbitros MARGARITA EUGENIA VÉLEZ VÁSQUEZ y JOSÉ GABRIEL PEREIRA LLAMAS, JUAN GUILLERMO HINCAPIÉ MOLINA, este último a su vez designado como Presidente del Tribunal dentro de la mencionada audiencia.

Posteriormente, tras ser declarada la instalación legal del Tribunal, entre otro tipo de decisiones, se nombró a MARÍA PATRICIA PORRAS MENDOZA como secretaria del Tribunal, quien hace parte integrante de la lista de secretarios, que para el efecto señaló la Cámara de Comercio de Cartagena.

En dicha audiencia, además, mediante AUTO N° 02 de julio 5 de 2017, se resolvió admitir la demanda y se ordenó dar traslado para su contestación.

4.2. Traslado de la demanda, contestación y excepciones de mérito.

El traslado de la demanda a la parte convocada fue notificado personalmente el 5 de julio de 2017¹⁵, transcurriendo el término concedido para contestar la demanda del 06 de julio al 03 de agosto de 2017; la parte convocada, por intermedio de su apoderado, presentó memorial de fecha 3 de agosto de 2017¹⁶, por medio del cual describió el traslado de la demanda y formuló excepciones, dentro del término de ley.

El apoderado de la parte convocada se opuso a las pretensiones de la demanda, de la siguiente manera:

“PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL

Me opongo a las pretensiones 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 5.5, y 5.6 de la demanda arbitral, de conformidad con las manifestaciones realizadas en el acápite anterior de PRONUNCIAMIENTO A LOS HECHOS DE LA DEMANDA ARBITRAL, en consecuencia solicitamos la parte CONVOCANTE sea condenada en costas, así como también que se decrete el reconocimiento de la excepción que se relaciona a continuación.”

¹⁴ Folios 367 a 370.

¹⁵ Folios 371 a 372.

¹⁶ Folios 382 a 437.

Así mismo, propuso como excepciones de fondo las siguientes:

“EXCEPCIÓN DE SUSTRACCIÓN AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

Propongo la excepción referenciada, por encontrarse los CONVOCANTES frente a un incumplimiento manifiesto de varias disposiciones contractuales de las que emanan obligaciones para los COMPRADORES, quienes se abstuvieron de aplicar lo estipulado en el contrato de enajenación de acciones y el otrosí modificatorio del mismo, sin razón legítima para hacerlo.

Al respecto, es pertinente señalar uno a uno los incumplimientos de los hoy CONVOCANTES de acuerdo a la literalidad contractual, así:

1. INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE \$2.000.000.000:

Los COMPRADORES, se obligaron en virtud de la cláusula tercera, forma de pago, literal b) numeral 1 del Otrosí del contrato de enajenación de acciones, a lo siguiente: “CLAUSULA TERCERA. FORMA DE PAGO, LITERAL B) EN SU NUMERAL 1°:

DOS MIL MILLONES DE PESOS MLCTE (\$2.000.000.000.00) que LOS COMPRADORES depositaran en el Banco Colpatria de Cartagena en las oficinas ubicadas en Bocagrande; EN UNA CUENTA DE AHORRO Rentapremium Max N° 4252002452 a nombre de los señores LILIA MARIA AMBRAD GHISAYS y JOSE ALBERTO GOMEZ SOTO para consignar QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$500.000.000,00) y otra cuenta de ahorro Rentapremium Notificación N°. 4252002450 a nombre de los señores LILIA MARIA AMBRAD GHISAYS y JOSE ALBERTO GOMEZ SOTO para consignar MIL QUINIENTO MILLONES DE PESOS MCTE (\$1.500.000.000,00).

El término para liberar y retirar de las cuentas estos dineros por parte de los VENDEDORES sin visto bueno de los compradores será así: MIL MILLONES DE PESOS MCTE (\$1.000.000.000,00) por el término de Seis (6) meses contados a partir del 1° de Mayo de 2.015 y MIL MILLONES DE PESOS MLCTE (\$1.000.000.000,00) restante por el termino DE dieciocho (18) MESES, CONTADOS A PARTIR DEL 1° DE Mayo de 2.015 como consta en el Contrato de Enajenación de Acciones.

Los valores antes mencionados se tendrán como garantía dentro del contrato de enajenación de acciones, ante posibles demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad médica, responsabilidad, responsabilidad contractual y extra contractual, o reclamaciones de tipo económico, que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del presente contrato.”

Como se ha reiterado en los hechos de esta contestación, los CONVOCANTES no cumplieron ésta obligación, encontrándose en mora de cumplirla.

2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE \$60.000.000 MENSUALES:

Los COMPRADORES, se obligaron en virtud del literal f) de la cláusula QUINTA, a lo siguiente:

“QUINTA. Obligaciones de los Compradores. Las partes acuerdan como obligaciones de LOS COMPRADORES, las siguientes:

(...) f) Durante los seis (6) meses subsiguientes a la firma o hasta el pago de la última cuota del presente contrato, los COMPRADORES se obliga a pagar mensualmente a los VENDEDORES la suma de SESENTA MILLONES DE PESOS Mcte (\$60.000.000) correspondientes a los intereses, pagaderos el último día hábil del mes vencido”

Esta suma fue pagada únicamente hasta el mes de abril de 2015 por la parte CONVOCANTE, encontrándose en mora por los pagos restantes a la fecha, pues aún adeuda una cuota de \$2.000.000.000 a mis mandantes, razón por la cual se sigue causando esta suma que se encuentra insoluta.

3. INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE LIBERAR GARANTÍAS:

Los COMPRADORES, se obligaron en virtud del literal e) e la cláusula QUINTA, a lo siguiente:

“QUINTA. Obligaciones de los Compradores. Las partes acuerdan como obligaciones de LOS COMPRADORES, las siguientes:

(...)

e) Los COMPRADORES se comprometen a liberar las garantías entregadas por los VENDEDORES en los contratos de leasing u otras obligaciones financieras con las diferentes entidades, máximo a los 60 días calendario a partir de la firma del presente contrato”.

A la fecha de esta contestación, no se ha notificado a mis mandantes acerca de la liberación de la totalidad de las garantías prestadas por los mismos.

4. INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN EL PARAGRAFO SEGUNDO DEL OTROSÍ:

Los COMPRADORES, se obligaron a lo siguiente en virtud del PARAGRAFO SEGUNDO del otrosí al contrato de enajenación de acciones:

“PARAGRAFO SEGUNDO: Para generar cualquier pago de las sumas señaladas anteriormente no habiendo transcurrido los términos señalados, por obligaciones de LOS VENDEDORES que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del contrato de enajenación de acciones de fecha 1 de noviembre de 2014, se necesitará un visto bueno tanto de LOS COMPRADORES, como de LOS VENDEDORES, para que se efectúe el correspondiente pago.”

Como se ha reiterado en la contestación de los hechos de la demanda arbitral, los VENDEDORES se abstuvieron sin razón legítima para ello, de realizar este procedimiento estipulado por las partes, ello aunado a que en la cláusula DÉCIMA PRIMERA del mismo, se estableció que todas las notificaciones, requerimientos, peticiones y otras comunicaciones que hubieran de efectuarse entre las partes, debían realizarse mediante correo certificado. Para el caso de marras no ocurrió ni lo uno ni lo otro.”

4.3. Traslado excepciones de mérito.

De conformidad con el AUTO N° 02, se ordenó el traslado a la parte convocante, de las excepciones de mérito propuestas por la convocada, traslado realizado por medios electrónicos el 08 de agosto de 2017, descritos a través de memorial individuales presentados el 15 de agosto de 2017, dentro del plazo concedido, referidos a la objeción al juramento estimatorio, y a las excepciones formuladas por la parte convocada.

La parte convocante se opuso a la objeción del juramento estimatorio, manifestando que la objeción formulada por el convocante no es una objeción de conformidad con los lineamientos del artículo 206 del Código General del Proceso, agrega además que la discriminación de los conceptos, daño emergente consolidado y futuro, contenida en la demandada cumple a cabalidad con la exigencia de la norma en mención, y en todo caso dicho cuestionamiento no constituye una objeción al valor estimado, así como tampoco lo puede constituir una objeción que tenga como parámetro la inexistencia de la prueba de los perjuicios¹⁷.

Respecto de la excepción propuesta por la parte convocada (Excepción de sustracción al cumplimiento de las obligaciones contractuales), solicitó como prueba la declaración de los señores Luz Eliana Mendoza Peña, Álvaro Morelos Vergel y Alfonso Buj Berrío¹⁸.

4.4. Reforma de la demanda.

Por AUTO N° 03 (ACTA N°02)¹⁹, se convocó a Audiencia de Conciliación, siendo reprogramada para el día 04 de septiembre de 2017 a las 2:30 p.m., por solicitud de la parte convocada, como consta en el AUTO N° 03 de 29 de agosto de 2017 (ACTA N° 03)²⁰, providencia corregida en su numeración por AUTO N°05 (ACTA N° 04)²¹. Habiéndose instalado dicha audiencia, los Árbitros observan que ese mismo día, siendo las 8:15 am, se reformó la demanda según memorial presentado por el apoderado de la parte convocante²².

4.5. Admisión de la reforma de la demanda.

De conformidad con el AUTO N°6 de septiembre 4 de 2017²³, el Tribunal se abstuvo de llevar a cabo la audiencia de conciliación que venía ordenada, admitió la reforma de la demanda, ordenó notificar al

¹⁷ Folios 446 a 447.

¹⁸ Folios 448 a 449.

¹⁹ Folio 450.

²⁰ Folio 461.

²¹ Folio 465.

²² F470 a 555.

²³ Folios 556 a 557.

convocado y darle traslado de la misma, y surtir el traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio, si llegaren a presentarse. La decisión fue notificada por anotación en estado N° 001 el 05 de septiembre de 2017²⁴, transcurriendo el término de ejecutoria del 13 al 15 de agosto de 2017. La parte convocada, el 08 de agosto de 2017²⁵, repuso el AUTO N°06 (ACTA N°05), dándose el traslado de ley al convocante el 12 de septiembre de 2017 por medio electrónico²⁶, quien lo recorrió el 14 de septiembre de 2017²⁷, pidiendo la confirmación de la providencia. Por AUTO N°07 (ACTA N°06)²⁸, el Tribunal decide confirmar la decisión recurrida, surtiéndose la notificación electrónica el 19 de septiembre de 2017²⁹.

4.6. Contestación de la reforma de la demanda y traslado de las excepciones de mérito.

La parte demandada contestó la reforma de la demanda mediante memorial de fecha 3 de octubre de 2017³⁰ formulando excepciones a las que se les dio traslado el 5 de octubre de 2017³¹, descorridas por la demandante el 11 de octubre de 2017, anexando como “*dictamen pericial de parte rendido por la Universidad de Cartagena, programa de Contaduría Pública, a través de su director, el profesional Jesús Elías Blanquicett Torralvo*”, habiendo participado en su elaboración “*los profesionales Carmen Judith Vásquez Vásquez, Milena Patricia Navarro Geliz, Walter Francisco Aguas Gamarra, contadores públicos, y Andrés Antonio Alarcón Lora, abogado*”³², y se solicita darle pleno valor probatorio, una vez sea sometido a contradicción.

A continuación, se hace una relación de los hechos que fundamentan las pretensiones de la reforma a la demanda y del pronunciamiento expreso que sobre ellos hicieron las Convocadas:

| DEMANDA | CONTESTACIÓN |
|---|---------------------|
| 4.1 Celebración del contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe SAS y sus establecimientos de comercio el 1 de noviembre de 2014, y el Otrosí al contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe SAS y sus establecimientos de comercio el 4 de mayo de 2015. | Es cierto |
| 4.2. En virtud del contrato se enajena en favor de LOS CONVOCANTES, a título de venta, de manera pura y | Es cierto |

²⁴ Folio 558.

²⁵ Folios 562 a 563.

²⁶ Folios 566-567.

²⁷ Folios 569.

²⁸ Folios 570 a 571.

²⁹ Folios 572-573.

³⁰ Folios 575 a 617.

³¹ Folio 621.

³² Folios 626 a 1691.

| | |
|---|------------------|
| <i>simple, sin condición resolutoria alguna y libres de toda carga o gravamen, los siguientes bienes.</i> | |
| <i>4.2.1 La totalidad de las acciones de que eran titulares, consistentes en 100 acciones ordinarias y nominativas en la sociedad denominada Centro Radio Oncológico del Caribe SAS</i> | <i>Es cierto</i> |
| <i>4.2.2 Los establecimientos de comercio de propiedad de Centro Radio Oncológico del Caribe SAS</i> | <i>Es cierto</i> |
| <i>4.3 Precio de las acciones y establecimientos de comercio un total de 12 mil millones</i> <i>- DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.000) al valor comercial de las acciones. Es decir que cada acción vale VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000)</i> <i>- DIEZ MIL MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.000) por concepto de la masa de activos, muebles, planta equipo e intangibles de Centro Radio Oncológico del Caribe SAS</i> | <i>Es cierto</i> |
| <i>4.4 El precio citado se acordó así:</i> | |
| <i>4.4.1 (\$2.500.000.000) al momento de suscripción del contrato, las cuales fueron recibidos por los vendedores a entera satisfacción.</i> | <i>Es cierto</i> |
| <i>4.4.2 La suma de NUEVE MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$9.500.000.000) se acordó pagar así:</i> | |
| <i>4.4.2.1 La suma de SIETE MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$7.500.000.000) en una sola cuota dentro de los seis meses posteriores a la firma del contrato.</i> | <i>Es cierto</i> |
| <i>4.4.2.2 El saldo de DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.000) se convino en destinarlos para la constitución de un encargo fiduciario o fideicomiso, los cuales debían ser depositados por los compradores dentro de los seis meses posteriores a la firma del contrato;</i> <i>- MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000) debían permanecer por un año a partir de su depósito.</i> <i>- MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000) debían permanecer por dos (2) años a partir de la fecha de firma del contrato</i> <i>Se convino por las partes que ese fideicomiso sería</i> | <i>Es cierto</i> |

| | |
|--|------------------|
| <p>garantía dentro del contrato ante posibles demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad médica, responsabilidades contractuales o extracontractuales o reclamaciones de tipo económico que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del contrato.</p> <p>Se pacto que los dineros depositados en el fideicomiso se entregarían a los vendedores, de acuerdo a su participación accionaria.</p> | |
| <p>4.5 En el Otrosí al contrato se modificó la clausula tercera literal b) numeral 1) del contrato en lo que refiere a la forma y condiciones de pago de la parte del precio, y se estableció que en vez de depositar la suma de DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.000) en un fideicomiso, se depositaran:</p> <ul style="list-style-type: none"> - QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000) en una cuenta de ahorros Rentapremium Max No. 4252002452 a nombre de los señores Lilia Maria Ambrad Ghisays y Jose Alberto Gomez Soto en el Banco Colpatria de Cartagena. - MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.500.000.000) en una cuenta de ahorros Rentapremium Max No. 4252002450 a nombre de los señores Lilia Maria Ambrad Ghisays y Jose Alberto Gomez Soto en el Banco Colpatria de Cartagena. | <p>Es cierto</p> |
| <p>4.6 Se pactó también en el otrosí que esta parte del proceso por la suma de DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.000) se tendrá como garantía dentro del contrato de enajenación de acciones ante demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad médica, responsabilidades contractuales o extracontractuales o reclamaciones de tipo económico que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del contrato.</p> | <p>Es cierto</p> |
| <p>4.7 En dicha cláusula se excluyeron:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Las diferencias correspondientes a conciliaciones de cartera de clientes y pasivo suscritos a partir del 1 de mayo de 2015. - La nueva administración no aceptaría facturas o conciliaciones de proveedores con posterioridad al 1 de mayo de 2015, por servicios prestados a 31 de octubre de 2014 | <p>Es cierto</p> |

| | |
|---|---|
| <p>4.8 Se pacto en la Clausula Tercera literal b Numeral 1 del Contrato que, para generar cualquier pago de las sumas señaladas anteriormente, por las obligaciones de los vendedores que surjan por hechos que ocurrieron antes de la firma del contrato de enajenación de acciones de fecha de 1 de noviembre de 2014, se necesita el Visto Bueno tanto de los compradores como de los vendedores.</p> | <p>No hubo visto bueno conjunto para pagos</p> |
| <p>4.9 La parte convocante pagó oportunamente por concepto de precio de venta la suma de 10.000.000.000 a la parte convocada dentro del plazo estipulado en el contrato.</p> | <p>No es cierto porque el precio total es 12.000.000.000 y ellos deben 2.000.000.000 por lo cual están incumplimiento el contrato.</p> |
| <p>4.10 El saldo de los 2.000.000.000 que sirve como garantía de pago de contingencias ocurridas durante la administración de los Convocados no fue depositado porque los convocados tenían el control de dichas sumas para su disposición e indican los convocantes que lo razonable era que ese retiro se hiciera luego del pago de TODAS las contingencias que fueron garantizadas con dicho valor.</p> | <p>Los convocantes incumplieron el contrato. Este establece que los vendedores pueden retirar el dinero de las cuentas bancarias al cumplirse la fecha establecida en el contrato, pero los compradores vedaron esto y decidieron de manera arbitral y unilateral si pagan o no en la forma y términos pactados en el contrato y otrosí.</p> |
| <p>4.11 En una reunión se decide que a cambio de mantener la garantía sobre los DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.000) los compradores le reconocieran a los vendedores la suma a de NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS (\$9.304.280.00) mensuales los cuales se pagaron desde el mes de mayo de 2015 hasta enero de 2017 porque los CONVOCANTES han estimado que los recursos de la garantía no son suficientes para pagar las contingencias garantizadas.</p> | <p>La suma pagada mensualmente desde mayo de 2015 es de 9.304.280. ES FALSO que la suma se pagara para mantener la garantía sobre los 2.000.000.000 ya que el tenor literal de las facturas expedidas por JOSE GOMEZ es que el pago equivalía a "intereses de dinero no recibido desde la fecha pactada en la Cláusula Tercera del Otro sí al Contrato de Enajenación de Acciones de la Sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus Establecimientos de Comercio por Valor de Dos Mil Millones de Pesos M/C (\$2.000.000.000) por el 0.465% Interés Mensual". En los comprobantes de egreso sale PAGO DE INTERESES NO RECIBIDOS DESDE LA FECHA PACTADA CONTRATO DE ENAJENACION DE ACCIONES. Además, el decidir dejar de pagar ese rubro mensual también es incumplimiento.</p> |
| <p>4.12 Los compradores, para no afectar los intereses del Centro Radio Oncológico del caribe S.A.S. y los suyos propios, han tenido que pagar una serie de gastos</p> | <p>NO ES CIERTO. Cualquier gasto causado en la época de administración de los negocios del Centro Radio Oncológico del</p> |

| | |
|--|--|
| <p>generados por la antigua administración ya que estos no atendieron deudas a cargo de la sociedad.</p> | <p>Caribe S.A.S. por parte de los cedentes y reclamado con posterioridad a la celebración del Contrato causado antes del 1° noviembre 2014 debió ser notificado a los vendedores y pagados tal y como establece el parágrafo 2 de la cláusula tercera del otro sí.</p> |
| <p>4.13 La suma de 2.000.000.000 esta retenida por los compradores (convocantes) por cuanto garantizan según ellos dos tipos de eventualidades:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sumas de dinero que se han pagado efectivamente - Sumas de dinero que necesariamente tendrán que pagarse en el futuro - Sumas de dinero que se han dejado de recibir y que deben deducirse de ese valor - Sumas de dinero que configuran contingencias, y que por lo tanto pueden ocurrir o no y pueden afectar los intereses de los compradores. | <p>Retención arbitraria y no ajustada a derecho ni al contrato. Retienen la suma sin haberse agotado los presupuestos para deducciones y retenciones.</p> |
| <p>4.14 Costos que han tenido que pagar, tendrá que pagar en el futuro, o que dejará de ganar y estaban amparados con la garantía de los 2.000.000.000:</p> | <p>Los convocantes no siguieron el procedimiento del contrato. Cumplieron parcialmente porque notificaron exigencias de pago a presunto cargo de los convocados, pero fueron negadas por estos y ellos lo ignoraron y supuestamente pagaron. Y esos pagos no fueron soportados probatoriamente.</p> |
| <p>4.14.1 Se pagó CIENTO NOVENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DOCE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$191.212.966) a Salud Total por haber cobrado precios excesivos en medicamentos cuyos topes se encuentran fijados por la Superintendencia Nacional de Salud.</p> | <p>No hay visto bueno por parte de los convocados para los pagos o autorizaciones de descuento en lo relativo a comunicaciones del 3 de septiembre 2015 y 20 de abril de 2016. Los convocados remiten modelo de respuesta para el no reintegro por haber transcurridos los términos del artículo 57 de la ley 1122 de 2007, y por haber expirado la acción cambiaria. NUNCA consintieron el pago que se realizó.</p> |
| <p>4.14.2 Se pagó NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS TRES MILLONES DE PESOS (\$ 93.454.703) a Famisanar por haber cobrado precios excesivos en medicamentos cuyos topes se encuentran fijados por la Superintendencia Nacional de Salud.</p> | <p>No hay visto bueno ni consentimiento para el pago. Enviaron modelo de respuesta diciendo el porque no se acepta la solicitud de devolución de dinero</p> |

| | |
|--|--|
| <p>4.14.3 Se pagó CIENTO VEINTE MIL SEISCIENTOS SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUAL MILLONES (\$120.606.254) a Nueva EPS por haber cobrado precios excesivos en medicamentos cuyos topes se encuentran fijados por la Superintendencia Nacional de Salud.</p> | <p>No hay VISTO BUENO ni consentimiento para el pago. Enviaron modelo de respuesta diciendo por qué no se acepta la solicitud de devolución de dinero</p> |
| <p>4.14.4 Los convocados deben reembolsar a los convocantes la suma de CIENTO SETENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS (\$174.151.853.53) pagadas por los convocantes con la finalidad de mantener bajo su control la garantía sobre los DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.000).</p> | <p>No es un hecho. El origen de los pagos expresamente aceptados por LOS CONVOCANTES era el de intereses de dinero no recibido desde la fecha pactada en la Clausula Tercera del Otrósí al Contrato de Enajenación de Acciones de la Sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus Establecimientos de Comercio. Se alejan de la cláusula tercera forma de pago al pretender sumas pagadas por la espera legal del dinero que se comprometieron a pagar los Convocantes en los términos del Contrato.</p> |
| <p>4.14.5 CUATROCIENTOS UN MILLONES CUATROCIENTOS SIETE MIL CIENTO CUARENTA PESOS (\$401.407. 140.00) deben pagar los Convocados a los convocantes por concepto de Glosas formuladas por deudores que constituyen la cartera recibida en la negociación.</p> | <p>No es un hecho. Las partes manifestaron de manera expresa en la cláusula séptima del Contrato, que las cuentas por pagar y cobrar a favor de la sociedad hacen parte de la negociación del contrato y el detalle de estas serán aquellas que señale únicamente el acta de conciliación financiera, la cual fue suscrita el 30 de abril de 2015. Estas obligaciones no están en el acta de conciliación.</p> |
| <p>4.14.6 Los convocados deben pagar a los Convocantes la suma de NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS UN PESOS (\$993.522. 901.00) que corresponde al valor cartera no recuperable por falta de soportes. Correspondiente a saldos iniciales en el montaje del software en el año 2012.</p> | <p>No es un hecho. Las partes manifestaron de manera expresa en la cláusula séptima del Contrato, que las cuentas por pagar y cobrar a favor de la sociedad hacen parte de la negociación del contrato y el detalle de estas serán aquellas que señale únicamente el acta de conciliación financiera, la cual fue suscrita el 30 de abril de 2015. Estas obligaciones no están en el acta de conciliación y además los convocantes asumieron la suma de \$702.546.557 de cartera no recuperable. Adicionalmente, tal y como establece el texto del Acta, se evidencia que los convocantes están consientes y aceptan las cifras ahí conciliadas.</p> |

| | |
|---|--|
| <p>4.14.7 Los convocados deben pagar a los convocantes la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS MIL TRESCIENTOS DIEZ PESOS (\$289.200. 310.00) correspondiente al valor cartera no recuperable por su antigüedad (pasa de los mil (1000) días).</p> | <p>No es un hecho. La gestión del recaudo es propia del titular con los esfuerzos administrativo y jurídicos. Los convocantes además son conscientes de las cifras y soportes de las obligaciones a su favor, tal y como se manifiesta en el Acta de conciliación.</p> |
| <p>4.14.8 Los convocados deben pagar a los Convocantes la suma de SESENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$69.541. 894.00) correspondiente al valor de carteras no reconocidas ni pagadas por EPS COOSALUD y SALUDCOOP.</p> | <p>No es un hecho. Es responsabilidad de los convocantes pues manifiestan haber radicado obligaciones de las EPS COOSALUD y SALUDCOOP, y no aducen por cuales periodos se causan ni quien tiene la obligación de pago. Adicionalmente, las cuentas por pagar y cobrar a favor de la sociedad hacen parte de la negociación del contrato y el detalle de estas serán aquellas que señale únicamente el acta de conciliación financiera, la cual fue suscrita el 30 de abril de 2015, y estas obligaciones no se encuentran ahí plasmadas,</p> |
| <p>4.14.9 Los convocados deben pagar a los convocantes la suma de SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$743.612. 753.00) que corresponde al costo de adquisición de licencia de Software y dispositivos para procedimientos con braquiterapia. Transacción no registrada en la contabilidad para la fecha de la negociación (30 de junio de 2014)</p> | <p>No es un hecho. Las partes manifestaron de manera expresa en la cláusula séptima del Contrato, que las cuentas por pagar y cobrar a favor de la sociedad hacen parte de la negociación del contrato y el detalle de estas serán aquellas que señale únicamente el acta de conciliación financiera, la cual fue suscrita el 30 de abril de 2015. Estas obligaciones no están en el acta de conciliación.</p> <p>Los convocantes deben demostrar que el contrato de leasing no se encuentra relacionado contablemente pues estas obligaciones exigen la contabilización para efectos tributarios y de reporte para con la entidad de leasing.</p> |
| <p>4.14.10 Los vendedores no pagaron la Certificación ISO 2014 por la suma de CUATRO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$4.773. 400.00).</p> | <p>No están estas cuentas por cobrar y pagar en el Acta de Conciliación financiera de 30 de abril de 2015. No se emitió visto bueno.</p> |
| <p>4.14.11 El Sena le impuso a Centro Radio Oncológico una multa en el 2015 por irregularidades cometidas en contratos de aprendizajes, por SEISCIENTOS NUEVE MIL CIENTO CINCUENTA PESOS (\$609.150) que tuvo</p> | <p>No hay consentimiento ni Visto bueno por parte de los vendedores para este pago. Los convocados solicitan prueba del pago y</p> |

| | |
|---|--|
| <p>que ser pagada por la sociedad.</p> | <p>constancia de visto bueno.</p> |
| <p>4.14.12 Centro Radio Oncológico una factura emitida por Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique "CARDIQUE" por la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS (\$376.420) por un servicio de laboratorio realizado a reporte de análisis fisicoquímico de muestra de agua, solicitado el 17 de junio de 2014, suma que los convocantes no habían pagado.</p> | <p>No hay consentimiento ni Visto bueno por parte de los vendedores para este pago. Los convocados solicitan prueba del pago y constancia de visto bueno. Adicionalmente, no se encuentran en el acta de conciliación financiera de abril de 2015.</p> |
| <p>4.14.13 Aproximación del valor del costo por sacar el equipo de cobaltoterapia que no fue inventariado en la negociación de venta y corresponde a una fuente radioactiva que puede generar una sanción de cierre del establecimiento de comercio es de QUINIENTOS VEINTE MILLONES SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS (\$520.063.391.00.)</p> | <p>Al adquirir la composición accionaria de la sociedad CENTRO RADIO ONCOLOGICO DEL CARIBA SAS entran a desarrollar los actos propios de la administración de la compañía, por lo cual, la utilización del equipo es de la actual administración. Además, estos costos no hacen parte de los presupuestos contractuales del Otrosí que cubre la garantía.</p> |
| <p>4.14.14 Los vendedores ocultaron la información de que habían incumplido las normas urbanísticas al excederse en la construcción de lo autorizado en la licencia de construcción expedida por la Curaduría Urbana. Ahora, les toca a los compradores comprar un lote por TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$374.000.000) para legalizar el incumplimiento.</p> | <p>Al adquirir el 100% de la composición accionaria de la sociedad CENTRO RADIO ONCOLOGICO DEL CARIBE SAS entran a desarrollar los actos propios de la administración de la compañía entran a desarrollar los actos propios de la administración de la compañía, entre los cuales esta mantener los activos que componen el patrimonio y se relacionen con el objeto social. Adicionalmente, no se encuentra cubierto este gasto futuro por la garantía.</p> |
| <p>4.14.15 Los convocados presentaron Estados Financieros con corte de 30 de junio de 2014 que reflejaban utilidades acumuladas del negocio por SEISCIENTOS DIECISIETE MILLONES NUEVE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$617.009.494.58) pero cuando los convocantes hicieron los estudios pertinentes, los compradores llegaron a la conclusión de que el negocio arrojaba era pérdidas de 197.453.168 al corte del mismo periodo por lo cual los convocados deben pagar la suma de TRECIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$334.800.000.00 a los convocantes por concepto de presuntas utilidades que arrojaría el negocio de acuerdo con los estados financiero.</p> | <p>Las partes aceptaron lo establecido en el contrato respecto de la enajenación de acciones y bienes de la sociedad. Además, cuando se suscribió el Acta de Conciliación financiera el 30 de abril de 2015 se dejo constancia del acuerdo y conciliación después de analizar las cifras de los EEFF. Por lo cual no es cierto lo que dicen los convocantes ya que todo, con respecto a los EEFF quedo acordado y conciliado en el Acta.</p> |

| | |
|--|---|
| <p>4.14.16 TREINTE Y SEIS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS TRECE PESOS (\$36.761.313) pago la parte convocante a Carmen Luna Coronado por concepto de condena laboral por violación a derechos laborales. Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena.</p> | <p>No consentimiento ni Visto Bueno para pago alguno relacionado con derechos laborales. No agotaron el procedimiento establecido en el contrato al no notificar y solicitar visto bueno.</p> |
| <p>4.14.17 VEINTIÚN MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS VEINTIÚN PRESOS (\$21.931. 521.00) debe pagar Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. correspondiente a la suma liquidada por el Fondo de Pensiones Provenir S.A. correspondiente al cálculo actuarial por el tiempo en que Carmen Luna Coronado no fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones.</p> | <p>Una supuesta obligación, que se encuentra por fuera de los términos establecidos en el contrato y Otrosí.</p> |
| <p>4.14.18 Centro Radio Oncológico del Caribe SAS pagó a Edith del Carmen Cabrales Rios SIETE MILLONES OCHOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$7.867. 778.00) por concepto de liquidación de contrato de trabajo con el corte de periodo bajo responsabilidad de los convocados.</p> | <p>No consentimiento ni Visto Bueno para pago alguno relacionado con derechos laborales. No agotaron el procedimiento establecido en el contrato al no notificar y solicitar visto bueno.</p> |
| <p>4.14.19 Centro Radio Oncológico del Caribe SAS pagó a Modesto Rodríguez la suma de SEIS MILLONES SETECIENTOS VEINTIDOS MIL OCHOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$6.722. 873.00) por concepto de reliquidación de indemnización de despido sin justa causa y liquidación del contrato.</p> | <p>No consentimiento ni Visto Bueno para pago alguno relacionado con derechos laborales. No agotaron el procedimiento establecido en el contrato al no notificar y solicitar visto bueno.</p> |
| <p>4.14.20 Centro Radio Oncológico del Caribe SAS pagó CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$444. 000.00) por la sanción impuesta por la Secretaría de Hacienda Distrital de Cartagena de Indias por no declarar a tiempo el Impuesto de Industria y Comercio correspondientes a las vigencias de 2012 y 2013.</p> | <p>No es cierto. Centro Radio Oncológico del Caribe SAS no estaba obligado a realizar este pago ya que la Secretaria de Hacienda ordenó cerrar la investigación tributaria. Los convocados remitieron comunicación aclarando la situación.</p> |
| <p>4.14.21 Centro Radio Oncológico del Caribe SAS pagó CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000. 000.00) a Abogada Eveglisel Pérez Torres por la defensa jurídica ante la Secretaria de Hacienda en el trámite que condujo a la sanción mencionada previamente.</p> | <p>Incoherencia en lo reclamado pues el comprobante de egreso no es por 5.000.000.000 sino por \$3.040.492. Los convocados no emitieron visto bueno. No se encuentra en el Acta de conciliación</p> |

| | |
|---|--|
| | <i>financiera.</i> |
| 4.14.22 Centro Radio Oncológico del Caribe SAS pagó a Centrimontaje-ingeniero Luis Eduardo Rengifo para evaluar el cumplimiento del estándar de Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas “RIETE” por SIETE MILLONES DE PESOS (\$7.000. 000.00) | <i>No les consta. No se encuentra prueba de lo mismo. No emitieron visto bueno. No se encuentra en el Acta de conciliación financiera.</i> |
| 4.14.15 (4.14.23) Los Convocantes han pagado, pagaran a futuro, dejaron y dejaran de recibir, la suma de CUATRO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$4.397.059.776.00), suma que deberá imputarse a la garantía de los dos mil millones e pesos (\$2.000.000). Los convocados deben pagar a los convocante DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y NUEV MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$2.397.059.776.00) más sus intereses moratorios desde que cada concepto se causó hasta que se produzca su pago total. | <i>No es admisible por que no se fundamentan en lo que se encuentra en el contrato. No han agotado el procedimiento para realizar esos pagos que aluden. No han demostrado que pagaron ya la suma de \$2.000.000.000 ni por concepto de que.</i> |
| 4.14.16 (4,14,24) Los convocantes suscribieron a los convocados pagarés en blanco para garantizar el pago de los 2.000.000.000. | <i>Parcialmente cierto pues si hay un pagaré en blanco a favor de los CONVOCADOS. Pero no es cierto que se limite a Garantizar SOLO los 2.000.000.000. En la CLAUSULA QUINTA LITERAL B, se establece que los CONVOCADOS se obliga a garantizar con un pagare, la suma de NUEVE MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$9.500.000.000) mas no la de 2.000.000.000</i> |
| 4.14.17 (4.14.25) Los convocado llenaron dicho pagaré por la suma de CUATRO MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$4.400.000.000.00) y promovieron proceso ejecutivo contra los convocantes. | <i>Es cierto</i> |
| 4.14.18 (4.14.26) En la demanda ejecutiva instaurada por los convocados, estos guardan silencio sobre la circunstancia que dicho pagaré fue librado con espacios en blanco en materia de cuantía y plazos. | <i>Es una alusión a otro asunto judicial.</i> |
| 4.14.19 (4.14.27) Centro de Investigaciones Oncológicas del Caribe Clínica de la Mujer S.A.S. presentó memorial de excepciones de mérito contra las pretensiones de la demanda. | <i>Es cierto. Es una alusión a otro asunto judicial.</i> |
| 4.15 Los gastos futuros amparados por los | |

| | |
|---|---|
| 2.000.000.000 son: | |
| -4.15.1 Probabilidad de que otras EPS reclamen por cobro en excesos por medicamentos | Son expectativas, que se generarían por la escasa respuesta de los convocantes, muy a pesar de que los convocados les dieron un modelo de respuesta. No se encuentra en el contrato el hecho de que los cedentes asuman eventualidades distintas a las de la cláusula 3, que no incluyen probabilidades. |
| - 4.15.2 Probabilidad de investigaciones y sanciones por parte de la Super de Salud, Contraloría por cobro en exceso de medicamentos. | Son expectativas, que se generarían por la escasa respuesta de los convocantes, muy a pesar de que los convocados les dieron un modelo de respuesta. No se encuentra en el contrato el hecho de que los cedentes asuman eventualidades distintas a las de la cláusula 3 que no incluyen probabilidades. |
| - 4.15.3 Condena de 1.807.000.000 por proceso contra Hospital Naval de Cartagena. Devolución de 748.019.975 por concepto de exceso de pago . | Son expectativas, que se generarían por la escasa respuesta de los convocantes, muy a pesar de que los convocados les dieron un modelo de respuesta. No se encuentra en el contrato el hecho de que los cedentes asuman eventualidades distintas a las de la cláusula 3, que no incluyen probabilidades. El señor Gómez manifestó a los convocantes, las actuaciones en el tramite judicial que se adelanto contra el Min Defensa, Hospital Naval, de los pagos de sumas a favor del Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. por concepto de facturas de venta, y la liquidación del crédito por parte del juzgado. También comunica que no procede la petición del Hospital Naval de reintegro de sumas. |
| 4.16 Hay otras irregularidades cometidas por los convocado que son incumplimientos contractuales: | NO ES CIERTO |
| - 4.16.1 No informaron la multa impuesta por el INVIMA por \$15.151. 931.Solo cuando se elaboró el Acta de conciliación financiera (5 meses después) fue que se reconoció ese hecho | En el contrato cláusula 4.4 se estableció que esta acta era exactamente para conciliar esas sumas. Esta suma se concilio en el ACTA por lo cual fue asumida por los convocados. |
| - 4.16.2 Los convocantes no cumplieron con la obligación | Esta investigación fue archivada por lo cual |

| | |
|--|---|
| <i>legal de reportar a la Superintendencia Nacional de Salud los indicadores de pacientes atendidos. No hubo sanción económica.</i> | <i>no se pueda usar en contra de los convocados.</i> |
| <i>4.17 Responsabilidad Civil Extracontractual por no cumplir con el deber de información y otras obligaciones derivadas del contrato.</i> | <i>NO ES CIERTO. Los convocantes son unos incumplidos. No han depositado lo que falta del precio de venta, no han cumplido con el pago de interés. Clausula Quinta, Literales E Y F. incumplimiento de contrato y adeudan una suma de mil millones y pico en intereses.</i> |
| <i>4.18 Los Convocados pretenden que los convocantes le paguen los 2.000.000.000</i> | <i>Es cierto, como parte del contrato y otrosí celebrado.</i> |
| <i>4.19 Poder para promover proceso arbitral.</i> | <i>Cierto.</i> |

4.7. Audiencia conciliación.

Al no existir ánimo conciliatorio, por AUTO N°010 (ACTA N°08)³³ se declaró agotada y fracasada la etapa de conciliación.

4.8. Fijación de honorarios y gastos de funcionamiento.

Por AUTO N°011 (ACTA N°08)³⁴, se fijaron los honorarios y gastos para funcionamiento del Tribunal de Arbitramento por el valor de TRESCIENTOS VEINTITRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$323.823.587) más cargas impositivas, los cuales fueron pagados en su totalidad por el CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS DEL CARIBE CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S y GESTION SALUD S.A.S.

5. TRAMITE ARBITRAL.

5.1. Primera Audiencia de Trámite –Competencia del Tribunal.

Mediante AUTO N° 14 (ACTA N° 10) proferido en audiencia del 20 de diciembre de 2017³⁵, el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias patrimoniales contenidas en la demanda arbitral presentada por las sociedades CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS DEL CARIBE CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S Y GESTIÓN SALUD S.A.S., contra los señores LILIA MARÍA

³³ Folios 1704 a 1710.

³⁴ Folios 1708 a 1710.

³⁵ Folios 898 a 911.

AMBRAD GHISAYS Y JOSÉ ALBERTO GÓMEZ SOTO, sus respectivas contestaciones, excepciones formuladas y la respuesta a las mismas, de conformidad con lo expuesto en esta providencia. La decisión fue notificada en estrados, la parte convocada, repuso el AUTO N°14 por considerar que no se agotó el requisito los mecanismos de autocomposición, transacción o arreglo directo. El Tribunal decidió confirmar la decisión recurrida, al considerar que según el sentido y alcance de la cláusula compromisoria pactada, no se puede concluir que los alegados mecanismos hayan sido consagrados como requisitos obligatorios de procedibilidad.

En esta misma oportunidad, el Tribunal se pronunció sobre las pruebas aportadas y solicitadas por las partes, y las que de oficio estimó necesarias (AUTO N° 16).

5.2. Pruebas decretadas y practicadas.

El Tribunal dispuso tener como pruebas, para ser apreciadas en su valor legal las siguientes:

- a) Las **pruebas documentales aportadas** por las partes en la demanda inicial y en la reforma de la demanda, en la contestación de la demanda inicial y de la reforma de la demanda y en la respuesta a las excepciones.
- b) Los **testimonios** de los señores LUZ ELIANA MENDOZA PEÑA, ALVARO MORELOS VERGEL, y ALFONSO BUJ BERRIO, solicitados por la parte convocante, y RAFAEL GUILLERMO DAGUER QUINTERO y JORGE BELISARIO SARMIENTO PADILLA, solicitados por la parte convocada.

De conformidad con lo ordenado en AUTO N° 021 (ACTA N° 12) de enero 25 de 2018³⁶, notificado mediante mensaje electrónico de fecha enero 25 de 2018³⁷, el día 5 de febrero de 2018 se recibieron los testimonios de los señores LUZ ELIANA MENDOZA PEÑA, ALVARO MORELOS VERGEL, y ALFONSO BUJ BERRIO, y RAFAEL GUILLERMO DAGUER QUINTERO, los testimonios fueron grabados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del Código General del Proceso, grabación que se incorporó al expediente.

El apoderado de la parte convocada, en audiencia de la misma fecha, desistió del testimonio del señor JORGE BELISARIO SARMIENTO PADILLA.

- c) **Interrogatorio de parte**, de los señores LILIA MARÍA AMBRAD GHISAYS y JOSÉ ALBERTO GÓMEZ SOTO solicitados por la parte convocante, y JUAN CARLOS FERNANDEZ MERCADO y JULIO CESAR BORELLY JULIO, representantes legales de las sociedades Gestión Salud S.A.S., y Centro De

³⁶ Folios 1783 y 1784.

³⁷ Folios 1785 a 1787.

Investigaciones Oncológicas del Caribe Clínica De La Mujer S.A.S., respectivamente, solicitados por la parte convocada.

De conformidad con lo ordenado en AUTO N° 021 (ACTA N° 12), se ordenó citar a los señores LILIA MARÍA AMBRAD GHISAYS y JOSÉ ALBERTO GÓMEZ SOTO el día 6 de febrero de 2018, y a los señores JUAN CARLOS FERNANDEZ MERCADO y JULIO CESAR BORELLY JULIO, el día 14 de febrero de 2018.

Los testimonios fueron recepcionados en audiencias celebradas en las fechas indicadas, siendo grabados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del Código General del Proceso, grabación que se incorporó al expediente.

- d) Ordenó, incorporar al expediente **dictamen pericial** aportado por la parte convocante durante el traslado de las excepciones de mérito formuladas por la parte convocada con la contestación de la reforma de la demanda, rendido por la Universidad de Cartagena, programa de Contaduría Pública, a través de su director, el profesional Jesús Elías Blanquicett Torralvo, a fin de determinar *“cuáles son las contingencias que los señores Lilia María Ambrad Ghisays y José Alberto Gómez Soto garantizaron con la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00), teniendo en cuenta que unas consisten en sumas de dinero que se han pagado efectivamente; otras que necesariamente tendrán que pagarse en el futuro; algunas que se han dejado de percibir y que por tanto deben deducirse de ese valor y otras que configuran contingencias, que, como tales, pueden ocurrir o no, pero que pueden afectar los intereses de los compradores. Al detallar dichas contingencias el perito explicará el contenido de cada una y aportará los soportes que la sustente.”*

Del mismo, se dio traslado a la parte convocada por el término de 3 días, decisión que se notificó en estrados.

El apoderado sustituto de la parte convocada allegó el 26 de diciembre de 2017³⁸, memorial de contradicción al dictamen pericial.

De conformidad con lo ordenado en AUTO N° 021 (ACTA N° 12), se libró el Oficio N° 04 del 6 de febrero de 2018³⁹, mediante el cual se puso en conocimiento de la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, programa de Contaduría Pública, a través de su director, el profesional JESÚS ELÍAS BLANQUICETT TORRALVO, el contenido del memorial de contradicción a su experticia que presentara la parte convocada, recibiendo al respecto memoriales suscritos por el apoderado de la parte convocante y el

³⁸ Folios 1747 a 1753.

³⁹ Folios 1810 y 1811.

señor JESÚS ELÍAS BLANQUICETT TORRALVO los días 12⁴⁰ y 13 de febrero de 2018⁴¹, respectivamente.

En virtud de lo anterior, mediante AUTO N° 027 (ACTA N° 17), notificado por mensaje electrónico remitido el 18 de abril de 2018, se ordenó citar al perito a audiencia, con la finalidad de surtir la contradicción del dictamen pericial, la cual se llevó a cabo en audiencia celebrada el 3 de mayo de 2018.

- e) **Prueba pericial de Ingeniero Civil o Arquitecto y Avaluador en Finca Raíz**, para lo cual se designó como Perito al Ingeniero RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO, designación que fue comunicada telefónicamente el 11 de enero de 2018, tomando posesión en la audiencia celebrada en igual fecha⁴². El Perito rindió la experticia el 8 de febrero de 2018⁴³, dentro del plazo que le fue concedido.

Del dictamen pericial se dio traslado a las partes por el término de 10 días, de conformidad con lo ordenado en AUTO N° 025 (ACTA N°15) del 21 de febrero de 2018⁴⁴, notificado en estrado, término dentro del cual la parte convocada allegó memorial de contradicción de fecha 7 de marzo de 2018⁴⁵.

De conformidad con lo ordenado en AUTO N° 026 (ACTA N°16) de 15 de marzo de 2018⁴⁶, notificado mediante mensaje electrónico remitido el 16 de marzo de 2018⁴⁷, se puso en conocimiento del perito el contenido del memorial de contradicción a su experticia; recibíéndose al respecto, el día 22 de marzo de 2018, memorial suscrito por éste⁴⁸, del cual se dio traslado a las partes el día 26 de marzo de 2018⁴⁹, sin que se allegara pronunciamiento alguno por parte de éstas.

En virtud de lo anterior, mediante AUTO N° 027 (ACTA N° 17), notificado por mensaje electrónico remitido el 18 de abril de 2018, se ordenó citar al perito a audiencia, con la finalidad de surtir la contradicción del dictamen pericial, la cual se llevó a cabo en audiencia celebrada el 3 de mayo de 2018.

- f) Ordenó conceder valor probatorio al **juramento estimatorio** formulado por la parte convocante en la demanda.

⁴⁰ Folios 1940 a 1942.

⁴¹ Folios 1943 a 1954.

⁴² Folios 1763 a 1768.

⁴³ Folios 1814 a 1916.

⁴⁴ Folios 1955 a 1959.

⁴⁵ Folios 1961 a 1964.

⁴⁶ Folios 1966 y 1967,

⁴⁷ Folios 1968 y 1969.

⁴⁸ Folios 1988 a 1995.

⁴⁹ Folios 1996 y 1997.

Mediante AUTO N° 028 (ACTA N°18), proferido en audiencia celebrada el 3 de mayo de 2018, se declaró concluida la instrucción del proceso por haberse practicado todas las pruebas solicitadas, y las decretadas de oficio; y dispuso citar a las partes a audiencia para escuchar sus alegaciones el día 7 de junio del 2018⁵⁰.

5.3. Audiencia de alegatos.

El día 7 de junio de 2018, se celebró la audiencia de alegaciones, en la cual ambas partes presentaron sus alegatos, los cuales con posterioridad fueron adjuntados al expediente⁵¹.

El apoderado de la parte convocante, reiteró los fundamentos de hecho contenidos en la demanda y en el escrito de reforma de la demanda, haciendo énfasis principalmente en los argumentos referidos al incumplimiento por parte de los convocantes de las cláusulas contractuales, generándose la responsabilidad contractual por la cual se demanda, para lo cual, realizó un breve recuento del tema de responsabilidad contractual en la jurisprudencia y doctrina.

Afirma el apoderado de la parte convocante, respecto de la cláusula que contempla el pago del saldo del precio por la suma de \$2.000'000.000,oo:

“(…) No hay duda alguna que, de conformidad con el contenido de la cláusula transcrita anteriormente, se derivó para los convocados una obligación de carácter contractual, consistente en asumir el pago de las posibles contingencias que se presentaran en el futuro, derivadas de la administración de ellos, durante el tiempo que la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. estuvo administrando dicha compañía, hasta el momento en que se produjo el negocio jurídico de compraventa, en los precisos términos pactados en dicho contrato.

3.1.2. Sin lugar a duda se trata de una obligación condicional, porque quedó supeditada a una condición, es decir, a la ocurrencia de un acontecimiento futuro, que podía suceder o no, en los términos del artículo 1530 del Código Civil.

El acontecimiento futuro que podía suceder o no, son las contingencias amparadas por los vendedores, que, en el momento en que se celebró el contrato, no se conocían por parte de mis representados.

Pero en este caso se da una situación muy particular y es que dicha obligación de la parte convocada de pagar las contingencias que se presentaran con la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.oo) como parte del precio, estaba sometida a una condición que entra en la categoría de meramente potestativa, porque consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, en este caso de la parte convocada; lo anterior quiere decir, que si se presentaba la contingencia y era necesario pagarla, mis representados quedaban supeditados a que los convocadas quisieran o no pagarla sin justificar su conducta. Por ello ese pacto es nulo, tal como lo previene el artículo 1.535 del Código Civil colombiano.

⁵⁰ Folios 2004 a 2009.

⁵¹ Folios 2011 a 2014, y 2016 a 2125, respectivamente.

(...)3.1.6. Por otra parte, si se aceptara la validez de esa cláusula, la misma debe interpretarse en el sentido de que produzca efectos y ello solo se logra si mis representados, los compradores de los bienes tienen el control sobre esos recursos.”.

Afirma el apoderado del convocante que se encontró demostrado dentro del proceso que las partes durante la ejecución del contrato de compraventa de acciones y establecimientos de comercio, ante las dificultades que planteaba el esquema pactado en el contrato para el manejo de la garantía de los \$2.000.000.000.oo, convinieron de manera verbal en que, los convocantes, retuvieran dicha suma y a cambio de dicha retención, los convocantes pagaron a los convocados intereses sobre ella, siendo una de las principales evidencias de dicho acuerdo que la parte convocada no exteriorizó durante la ejecución del contrato de compraventa ninguna inconformidad frente a la no consignación por parte de los convocantes en las cuentas del Banco Colpatria, y encontrándose probado dentro del proceso, a juicio del apoderado de la convocante por medio del interrogatorio de parte formulado al convocado José Gómez Soto, así como con las pruebas documentales aportadas.

Agrega además en sus alegatos que, tanto de la confesión del convocado José Gómez Soto, como de las pruebas documentales aportadas, se avizora que los convocantes para no afectar los intereses de Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S y los suyos propios, tuvieron que pagar una serie de gastos generados por dicha compañía durante la administración de los convocados, ante le negativa de éstos en atenderlos.

“Así mismo concluye que de los testimonios se deducen los siguientes aspectos:

A) Que el esquema de comunicaciones que había entre las partes no era por correo certificado, como ahora lo pretenden exigir; las partes aceptaron diversos medios de comunicación, como los expresados por los señores José Gómez Soto y Lilia María Ambrad Ghisays; jamás los convocados reclamaron que debía ser por correo certificado, razón por la cual debe concluirse que es un argumento nuevo creado por el apoderado de la parte convocada;

B) Que la parte convocada si mantenía una comunicación con la parte convocante respecto de las diferentes reclamaciones o contingencias, sea de manera escrita, por correo electrónico y de manera verbal;

C) Que la parte convocada cerró de manera tajante las puertas de una conversación sobre las contingencias amparadas por los dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.oo) hasta el punto que consideraron que la firma del acta de conciliación financiera cerraba toda discusión futura sobre ese tema, aspecto sobre el cual me referiré separadamente;

D) Que la posición intransigente de la parte convocada llegó hasta esos extremos que el mismo señor José Gómez Soto en su interrogatorio de parte dice que perdió la paciencia y eso lo llevó a llenar el pagaré por la suma de cuatro mil cuatrocientos millones de pesos (\$4.400.000.000.oo).”.

Para finalizar realizó un recuento del valor probatorio de las pruebas obrantes en el expediente, y concluyó que de conformidad con éstas y con la conducta de la parte convocada tanto durante la ejecución del

contrato, como durante el curso del presente proceso arbitral se encuentra probada la responsabilidad contractual del convocante.

Por su parte, el apoderado de la parte convocada, reiteró que de conformidad con la cláusula segunda del Contrato de Enajenación de Acciones de la Sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S., se pactó un precio equivalente a \$12.000'000.000,00 de los cuales a la fecha de presentación de los alegatos resta por pagar por parte de los convocantes la suma de \$2.000'000.000,00 suma que, de conformidad con la parte convocada, no ha sido pagada de manera injustificada y arbitrario toda vez que se encuentra causada en su totalidad al no haberse presentado las circunstancias sobrevinientes pactadas para la activación de la cláusula contingente, encontrarse agotado el procedimiento pactado, y se retiene la enunciada suma sin haberse agotado los presupuestos para deducciones y retenciones.

Así mismo señaló, que además de la suma enunciada en el párrafo anterior, se adeuda a los convocantes otra suma igual a \$2.000'000.000,00 en virtud de dicho incumplimiento, de conformidad con lo pactado en la cláusula sexta del contrato, lo cual, agrega el apoderado de los convocados, se encuentra demostrado mediante los testimonios practicados a los señores ALVARO MORELOS VERGEL, en su calidad de asesor de la sociedad Centro de Investigaciones Oncológicas del Caribe Clínica de la Mujer S.A.S., RAFAEL DAGUER QUINTERO en su calidad de Ex Revisor Fiscal del Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S., y en las declaraciones de los representantes de las sociedades convocantes.

Respecto del reembolso pretendido por los convocantes con relación los gastos causados en la época de administración de los negocios del Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S, manifestó:

“(...) el reembolso que se pretende por parte de los CONVOCANTES tal y como se manifestó en la contestación del hecho 4.11 de la reforma de la demanda, tiene origen en los pagos expresamente aceptados por los CONVOCANTES como “intereses de dinero no recibido desde la fecha pactada en la Cláusula Tercera del Otro sí al Contrato de Enajenación de Acciones de la Sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S Y SUS Establecimientos de Comercio por Valor de Dos Mil Millones de Pesos M/C (\$2.000'000.000,00) por el 0,465% Interés Mensual”, Estos pagos correspondieron a los intereses comerciales sobre dineros que debieron ser consignados en las respectivas cuentas bancarias, omitiéndose por completo esta obligación por los ahora CONVOCANTES.

No es admisible, y resulta contrario a los términos contractuales a los cuales se somete el CONVOCANTE, solicitar al CONVOCADO la devolución de la suma de \$174.152.853.53 por concepto de pagos de intereses por dinero no recibido desde la fecha pactada en la Cláusula Tercera del Otro sí al Contrato de Enajenación de Acciones toda vez que esta suma es resultante de la espera legal del dinero que se comprometieron a pagar los CONVOCANTES en los términos del contrato de enajenación de acciones.

Se encuentra suficientemente probado a lo largo del trámite arbitral y por las diferentes pruebas documentales allegadas, experticios, testimonios y declaraciones recibidas, que los gastos causados según los CONVOCANTES en la época de administración de los negocios del CENTRO RADIO

ONCOLÓGICO DEL CARIBE S.A.S por parte de los cedentes o CONVOCADOS y reclamados con posterioridad a la celebración del contrato y causados antes del 01 de noviembre de 2014, debieron ser notificados a los cedentes en la forma prevenida en la cláusula decima primera del contrato de enajenación de acciones, y pagadas en la forma señalada en el párrafo segundo de la cláusula tercera, forma de pago, literal b) numeral 1 del Otro sí del contrato de enajenación de acciones. En lo pertinente, los Representantes Legales de las sociedades CONVOCANTES claramente aceptan no haber seguido el protocolo señalado en la cláusula mencionada, y es así como el señor JUAN CARLOS FERNANDEZ MERCADO en su calidad de Representante Legal del CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS DEL CARIBE CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S. en su declaración de fecha 21 de febrero de 2018 manifiesta literalmente que “Las notificaciones nosotros la realizamos en el Centro Oncológico, no tengo visto bueno de los vendedores aquí llamados convocados”. En ese mismo sentido y para reafirma que ambos CONVOCANTES no observaron el procedimiento, el Representante Legal de la sociedad GESTIÓN SALUD SAS, igualmente en su declaración de 21 de febrero de 2018 y luego de interrogante que le formulara el apoderado sustituto de los CONVOCADOS en el que pide informe si recibió algún visto bueno de ellos para pago, entendido por ellos los CONVOCADOS, a este, el señor JULIO BORELLY JULIO, representante legal del CONVOCANTE ultimo mencionado, contesto que “no, ellos se negaron”. Las circunstancias enunciadas y claramente constituidas de un no agotamiento a cabalidad de los términos y plazos que se desprenden de la cláusula decima primera del contrato de enajenación de acciones, y del párrafo segundo de la cláusula tercera, forma de pago, literal b) numeral 1 del otro Si del contrato de enajenación de acciones, configuran la imposibilidad de realizar el pago alguno por la falta d consenso o de visto bueno de pago entre las partes intervinientes del contrato de enajenación de acciones de qué trata el presente tribunal de arbitramento.

Agrega además el apoderado de la parte convocada, que la parte convocante tuvo acceso total a las instalaciones, libros y papeles de comercio, lo cual le brindó pleno conocimiento del estado patrimonial, administrativo y operativo del Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S., igualmente alega que en el contrato se pactó el estado de los bienes así como la circunstancia futura sobre bienes que no fueron objeto de la tradición, por lo que no es dable alegar por los convocantes el desconocimiento de ello, lo que afirma, se avizora en las pruebas documentales aportadas, la declaración del señor José Gómez Soto, así como en la declaración del perito ingeniero, señor Rafael Ceballos Calvo.

Así mismo, reiteró las objeciones al dictamen pericial aportado por la parte convocantes, oportunamente formuladas en escrito de contradicción del mismo.

En relación a los pasivos laborales, alegados por los convocantes, afirma el apoderado de la parte convocada que “no deben descontarse a la suma adeudada aun a los COVOCADOS en atención a que los adquirentes de las acciones no han agotado el procedimiento enmarcado del contrato de enajenación de acciones, es decir, que cualquier gasto causado en la época de administración de los negocios del CENTRO RADIO ONCOLOGICO DEL CARIBE S.A.S. por parte de los cedentes o CONVOCADOS y reclamado con posterioridad a la celebración del contrato y causado antes del 01 de noviembre de 2014, debió ser notificado

a los cedentes en la forma prevenida en la cláusula decima primera del contrato de enajenación de acciones, y pagadas en la forma señalada en el párrafo segundo de la cláusula tercera, forma de pago, literal b) numeral 1 del Otro Si del contrato de enajenación de acciones. No es de responsabilidad alguna de los señores LILIA MARIA AMBRAD GHISAYS y JOSE ALBERTO GOMEZ SOTO el pago de obligación alguna que hayan realizado los nuevos administradores del CENTRO RADIO ONCOLOGICO DEL CARIBE S.A.S sin el agotamiento de los términos en el contrato de enajenación de acciones.”.

Por último, reiteró el apoderado de la parte convocada, que no asiste derecho a los convocantes, en atención a que todas sus reclamaciones acontecen por el no agotamiento por parte de éstos de los procedimientos pactados y señalados en el contrato, pretendiendo eludir las sumas adeudadas a los convocados.

Culminada la intervención de las partes, en esta misma audiencia, se señaló como fecha para la lectura del laudo arbitral el día 26 de julio del 2018 a las 10:00 a.m.

6. TEMPORALIDAD DEL LAUDO ARBITRAL.

Teniendo en cuenta que en el contenido de la cláusula compromisorio del contrato que da origen a este proceso arbitral, no se fijó por las partes un término para la duración del trámite, se atuvo el Tribunal al término legal de seis meses (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite que tuvo lugar el 20 de diciembre del 2017.

De conformidad con el cuadro de detalle que se incorpora a continuación, el término legal del presente proceso arbitral vence el **22 DE SEPTIEMBRE DE 2018**, habiendo transcurrido del término del proceso arbitral **CUATRO (04) MESES Y DOS (02) DÍAS**, por lo que este Laudo Arbitral se profiere dentro del término de ley:

| Concepto | Fecha | Suspensión | Conteo del término |
|---|--|--|--|
| Primera Audiencia de Trámite. | 20 de diciembre de 2017. | | Cero (0) días |
| Inicio del conteo del término. | 21 de diciembre de 2017. | | Un (1) día. |
| Suspensión N° 1 (AUTO N° 24 - ACTA N°14). | 6 de febrero de 2018. | Del 7 de febrero al 20 de febrero de 2018, ambos días inclusive. | 14 días de suspensión. |
| Conteo al momento de la suspensión N° 1. | Del 20 de diciembre de 2017 al 6 de febrero de 2018. | | Un (1) mes y dieciséis (16) días calendario. |

| | | | |
|--|---|--|---|
| Reinicio del término. | 21 de febrero de 2018. | | Un (1) mes y diecisiete (17) días. |
| Suspensión N° 2 (AUTO N° 29 - ACTA N°18). | 3 de mayo de 2018 | Del 4 de mayo de 2018 al 6 de junio de 2018, ambos días inclusive. | Un (1) mes y cuatro (4) días de suspensión. |
| Conteo al momento de la suspensión N° 2. | Del 20 de diciembre de 2017 al 6 de febrero de 2018 y del 21 de febrero al 3 de mayo de 2018. | | Cuatro (04) meses. |
| Reinicio del término. | 7 de junio de 2018. | | Cuatro (04) meses y un (01) día. |
| Suspensión N° 3 (AUTO N° 033 - ACTA N°19). | 7 de junio de 2018. | Del 8 de junio de 2018 al 25 de julio de 2018, ambos días inclusive. | Un (1) mes y dieciocho (18) días de suspensión. |
| Conteo al momento de la suspensión N° 2. | Del 20 de diciembre de 2017 al 6 de febrero de 2018, del 21 de febrero al 3 de mayo de 2018, y el 7 de junio. | | Cuatro (04) meses y un (01) día. |
| Reinicio del término. | 26 de julio de 2018. | | Cuatro (04) meses y dos (01) días. |
| Conteo Actual | 26 de julio de 2018. | | Cuatro (04) meses y dos (02) día. |

De acuerdo con lo anterior, llegada la fecha señalada para el efecto, se procede a proferir el LAUDO ARBITRAL, previas las consideraciones que se exponen en el capítulo siguiente.

II. CAPÍTULO SEGUNDO - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

1. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA.

Una vez precisada la controversia planteada por las partes, para su decisión en derecho, el Tribunal analizará los presupuestos procesales y se ocupará de las motivaciones del laudo.

La demanda que da origen a este proceso versa, según lo admiten las partes, sobre un asunto de responsabilidad civil contractual, pues con ella se persigue que, previo a la liquidación del contrato de compraventa celebrado por escrito del 1 de noviembre de 2014, denominado “*Contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S., y sus establecimientos de comercio*”, se declare primero, que las Convocantes lo han cumplido, segundo, que estas no están obligadas a pagar el saldo del precio pactado como garantía por contingencias, y tercero, que

los convocados lo han incumplido y deben reembolsar gastos y sumas dejadas de recibir por la insuficiencia de dicha garantía, así como deben constituir una garantía para gastos eventuales debido a dicha insuficiencia.

La parte demandada ha manifestado, en resumen, su oposición a las pretensiones por cuanto alega no existe fundamento de hecho ni de derecho para atribuir responsabilidad contractual, teniendo en cuenta que todas las reclamaciones de la parte convocante acontecen por el no agotamiento por parte de éstos de los procedimientos pactados y señalados en el contrato, pretendiendo eludir las sumas adeudadas a los convocados. Así mismo, propuso como excepción de fondo: la excepción de sustracción al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Con ese entendimiento del asunto, pasa seguidamente el Tribunal a abordar los presupuestos procesales.

2. PRESUPUESTOS PROCESALES Y NULIDADES.

Observa el Tribunal que los presupuestos procesales, es decir, los requisitos formales necesarios e indispensables para resolver el fondo del litigio, convergen en el presente proceso, y que la demanda, que lo suscitó, reúne los requisitos legales de forma.

Respecto del saneamiento de las nulidades, el presente Tribunal de Arbitramento pone de manifiesto que el proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas, y con pleno respeto de las garantías procesales como lo son los derechos de defensa y contradicción de las partes. Adicionalmente, al tenor de lo previsto en el artículo 132 del Código General del Proceso, se efectuó el respectivo control de legalidad agotada cada etapa procesal, ordenándose el consecuente saneamiento en los eventos en los que ello fue necesario, por lo que a la fecha no se advierte vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso que puedan invalidar lo actuado y, por ello, puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho.

En relación con la competencia del Tribunal para conocer y decidir en derecho los asuntos sometidos a estudio, en la primera audiencia de trámite celebrada el veinte (20) de diciembre del 2017, se señaló que el Tribunal se encuentra facultado para conocer del trámite arbitral dado que: (i) Se encuentra pactada una cláusula compromisoria en el contrato sometido al conocimiento del Tribunal por quienes son partes plenamente capaces y debidamente representadas; (ii) De la cláusula compromisoria en cita no se observa vicio que obligue a inaplicarla, modificarla o revocarla; (iii) En el término de traslado de la demanda, en la contestación, o en el traslado de las excepciones, las partes no han negado expresamente la existencia del pacto arbitral⁵²; (iv) Los asuntos sometidos a decisión arbitral son de carácter patrimonial y susceptibles de

⁵² Ley 1563 de 2012, parágrafo del artículo 3.

resolver por transacción; (v) Los árbitros no han sido recusados ni existen conflictos de interés que resolver; (vi) La parte convocante pagó la totalidad de las sumas decretadas por concepto de honorarios y gastos de funcionamiento.

En virtud de lo anterior, el Tribunal mediante AUTO N° 14 de fecha 20 de diciembre de 2017, se declaró competente para conocer y decidir en derecho de las controversias patrimoniales surgidas entre las sociedades CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS DEL CARIBE CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S., y GESTIÓN SALUD S.A.S., con los señores LILIA MARIA AMBRAD GHISAYS y JOSE ALBERTO GOMEZ SOTO

3. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.

Teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 280 del Código General del Proceso, constituye uno de los requisitos formales de toda providencia judicial que el operador judicial realice una calificación de la conducta procesal de las partes y para darle cumplimiento, el Tribunal precisa respecto de la conducta de las partes, que cumplieron oportunamente con sus cargas procesales, observando los deberes y responsabilidades generales descritos en el artículo 78 del Código General del Proceso, y colaboraron para la práctica de las notificaciones, pruebas y diligencias decretadas.

Una vez analizados los presupuestos procesales, para su decisión en derecho, el Tribunal se ocupará de las motivaciones del laudo, para lo cual habiéndose ya referido a los hechos probados sobre los cuales ambas partes coinciden, reconocen y aceptan como ciertos sin discusión o diferencia alguna ambas, y a los que son objeto de diferencia y sobre los que gira en esencia el debate en esta sede, pasara a referirse a los principios y deberes que orientan e inspiran el régimen obligacional de las partes, comerciantes, concedores y experimentados en las actividades negócias y mercantiles en las que se desenvuelven en donde el carácter profesional tiene especial relevancia, y seguidamente descendera al caso en concreto en relación a lo que se pretende sea declarado y su oposición. .

4. EL CASO EN CONCRETO

Observa el Tribunal de entrada que, la discusión de fondo esencial entre las partes se centra en el sentido, alcance y efectos de la clausulas del contrato primigenio y el otro si modificatorio relacionadas con la forma de pago convenida, concretamente con los Col\$2 mil millones a ser depositados por los compradores inicialmente para la constitución de un encargo fiduciario y luego, por disposición de un otro si, en dos cuentas de ahorro a nombre de los vendedores, valor concebido contractualmente como garantía para atender las contingencias descritas en la clausula tercera modificada, durante el periodo sobre el cual aplicarían y los tiempos para su disposición por parte de los vendedores así como el procedimiento para

generar pagos con cargo a ellas. Para abordar de manera adecuada su análisis, dado que el comportamiento de las partes al momento de suscribirse el contrato y durante su ejecución resulta de medular importancia de cara a la decisión sometida al tribunal, es preciso inicialmente referirse a los principales principios que inspiran el régimen contractual colombiano aplicable a este asunto y los deberes en ellos inmersos

4.1. PRINCIPIOS Y DEBERES CONTRACTUALES.

4.1.1. Principio de la buena fe

La buena fe es un principio de consagración constitucional y legal que se presume de toda persona, de sus actuaciones y relaciones contractuales, tal como lo previene el artículo 83 de la Constitución de 1991, los artículos 1603 de Código Civil y los artículos 871 y 863 del Código de Comercio respectivamente.

La sentencia C-840 de 2001 define la buena fe como la pieza fundamental de todo el ordenamiento jurídico e indica que la misma es un criterio para valorar el comportamiento de los sujetos de derecho, y para estos, una regla de conducta que debe ser observada tanto en el ejercicio de sus derechos como en la esfera de sus deberes y obligaciones⁵³:

“De acuerdo con la doctrina el principio de la buena fe constituye pieza fundamental de todo ordenamiento jurídico, habida consideración del valor ético que entraña en la conciencia social, y por lo mismo, de la importancia que representa en el tráfico jurídico de la sociedad. Contenido ético que a su vez incorpora el valor de la confianza dentro de la base de las relaciones sociales, no como creación del derecho, que sí como presupuesto, con existencia propia e independiente de su reconocimiento normativo. La buena fe se refiere exclusivamente a las relaciones de la vida social con trascendencia jurídica, sirviendo al efecto para valorar el comportamiento de los sujetos de derecho, al propio tiempo que funge como criterio de reciprocidad en tanto se toma como una regla de conducta que deben observar los sujetos en sus relaciones jurídicas, esto es, tanto en el ámbito de los derechos como en la esfera de los deberes y obligaciones (...)”

El Código Civil consagra, en su artículo 1603 que *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”*

De la misma manera, el Código de Comercio señala, en su artículo 871: *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”* Adicionalmente, el mismo código consagra la buena fe para la etapa precontractual, tal y como expresa su

⁵³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-527 del 14 de agosto del 2013. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

artículo 863, el cual reza que *“Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.”*

Por lo anterior, se entiende que la buena fe es un principio inherente a todas las relaciones que se desarrollan dentro del ámbito jurídico⁵⁴, por lo cual, debe estar presente en todas las etapas de la contratación:

- (i) En su formación: las partes se deben lealtad y claridad a la hora de celebrar el contrato, que no es otra cosa que manifestar y hacer evidente a la contraparte *“la situación real de las cosas”*⁵⁵. Dice el Dr. Arrubla, que, ocultar circunstancias que puedan interesar e influir en la decisión de la contraparte, es una *“reticencia fraudulenta”*, que atenta contra la buena fe.
- (ii) Durante su ejecución: las partes deben cumplir las obligaciones emanadas del mismo. Y este cumplimiento debe ser fiel a lo indicado en el contrato y sin perjudicar a la contraparte.
- (iii) En su interpretación: el juez, debe interpretar el contrato atendiendo a las reglas de hermenéutica que evidencien la voluntad de las partes, la intención y los móviles y las exigencias de la buena fe. Es decir, interpretar el contrato teniendo en cuenta su naturaleza, la ley, la costumbre o la equidad natural⁵⁶.

En ese entendido, es la interpretación del contrato por parte del juez un aspecto importante, pues debe hacerlo siempre con el fin de evitar que una de las partes se exima de cumplir sus obligaciones contractuales o que se enriquezca injustamente⁵⁷ a expensas de la otra.

Señala la doctrina que la buena fe integra una serie de deberes que son inherentes a la relación contractual y que limitan el comportamiento de las partes entre parámetros de lealtad, diligencia, honestidad, rectitud, cooperación, entre otros.⁵⁸ Esta función integradora del principio de la buena fe, resaltada por la doctrina como una evolución del derecho basada en la idea de confianza como elemento básico de las relaciones negociales, ha permitido emplear dicho principio de la buena fe para, entre otras cosas, *“determinar judicialmente obligaciones conexas con la principal, pero que no han sido pactadas expresamente”*⁵⁹.

Así pues, esos deberes conexos y ligados directamente del principio de la buena fe, se tornan indispensables en el estudio para determinar si en el contrato, hubo cumplimiento de los mismos por las partes de la relación

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Arrubla, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Tomo I*. Biblioteca Jurídica Dike. 11ª Edición. Medellín 2004.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

⁵⁷ Código de Comercio de Colombia. Artículo 871.

⁵⁸ Solarte, Arturo. *La Buena Fe Contractual y Los Deberes Secundarios de Conducta*. VNIVERSITAS. Bogotá, 2004.

⁵⁹ Laudo Arbitral. Beneficencia de Cundinamarca vs. Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A. Julio 31 de 2000.

contractual. El tratadista Carlos Alberto Ghersi, refiriéndose a este punto, manifestó que “(...) *Los deberes secundarios de conducta en la ejecución de un contrato alcanzan tanto a una como a otra parte, y ambas deben cooperar para la culminación del negocio como fue previsto (...)*”⁶⁰ Es decir, que las partes de un contrato deben trabajar para que el mismo se cumpla tal cual lo expresaron voluntariamente en el documento o verbalmente.

4.1.2. Deber de colaboración (o cooperación)

En aras de darle cumplimiento al contrato y satisfacer el interés negocial de las partes, estas deben asumir el deber de colaboración y facilitar el cumplimiento de las obligaciones del contrato. El deber de colaboración, así como el principio de buena fe, debe estar presente en todas las etapas del contrato. Consiste en cooperar con la otra parte para la consecución del contrato como negocio común, y también para lograr el cumplimiento de su interés particular y exclusivo⁶¹.

Dice el tratadista José F. Chamie, que el deber de colaboración impone, en razón del vínculo creado entre las partes, “*una necessitas, un oportere recíproco en virtud del cual ellas deben guardar siempre un comportamiento leal y correcto.*”⁶² Así, la colaboración de las partes en la elaboración del contrato, implica un plano de igualdad y reciprocidad entre los contratantes y llama a los mismos a mantener el equilibrio contractual y a ayudarse conjuntamente en la ejecución armoniosa del mismo.

Por lo anterior, lo que pretende el cumplimiento del deber de colaboración es que el contrato no se convierta en un instrumento para que una de las partes someta a la otra y le impida alcanzar la finalidad socioeconómica que podía esperar del vínculo negocial. Más bien, pretende que sea una regla de conducta de las partes con el objetivo de que se cumpla el fin negocial.⁶³

Considerando la apreciación realizada por el Tribunal de Arbitramento en 2005, es importante tener en cuenta que ese deber de colaboración y ayuda comienza desde en el período precontractual, cuando una de las partes requiere la cooperación de la otra para poder materializar el contrato.⁶⁴

Así, se considera que este deber, además de estar íntimamente relacionado con el principio de buena fe, abarca otra serie de deberes, como lo son el deber de lealtad y de información, los cuales deben estar presentes especialmente en el periodo de formación del contrato. Las partes deben cooperar mutuamente en

⁶⁰ GHERSI, Carlos A. *Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial.*

⁶¹ Solarte, Arturo. *La Buena Fe Contractual y Los Deberes Secundarios de Conducta.* VNIVERSITAS. Bogotá, 2004.

⁶² Chamie, José F. *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato.* Revista de Derecho Privado No. 14. 2008

⁶³ Herrera Osorio, F y Mahecha Pulido, A. *Revisión general de los deberes secundarios de conducta de las sociedades fiduciarias en el contrato de fiducia.* Revista Derecho y Realidad. 2011.

⁶⁴ Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal de Arbitramento Juan Manuel Espinosa vs. Fiduestado S.A. y Banco de Estado S.A. del 18 de julio de 2005.

la etapa precontractual con el fin de que la elaboración del contrato a celebrar, se realice sobre un plano de equidad y de pleno conocimiento de la información necesaria por cada una de las partes.

Adicionalmente, también debe estar presente en la etapa contractual, con el fin de que la ejecución del contrato se realice con pleno cumplimiento de las obligaciones de cada parte con un comportamiento de lealtad.

En ese entendido, una vez se celebra el contrato, las partes deben colaborar para que el mismo se ejecute en su totalidad, de manera que ambas partes satisfagan su interés en el mismo. Sería contrario a este deber de las partes, el que una de ellas por incumplimiento a sus obligaciones impida la ejecución del contrato, en la forma y manera en que se estipuló en la celebración.

Adicionalmente, siendo el cumplimiento del contrato el fin último del mismo, sobra decir que las partes deben propender por que las diferencias que surjan sean solucionadas por cualquier medio admisible de comunicación. La voluntad de las partes debe estar encaminada a que el contrato se ejecute acorde a lo establecido previamente por las partes, por lo cual el entorpecimiento de la ejecución y cumplimiento del contrato no corresponde a un lineamiento acorde al principio de buena fe.

4.1.3. Deber de información

Como se ha venido exponiendo, las relaciones contractuales deben ejecutarse acompañadas de los deberes contractuales emanados del principio de buena fe. El deber de información, consiste en hacer saber a la contraparte de todas las circunstancias, situaciones de hecho, cualidades del objeto del contrato que permitan que esta evalúe y examine lo presentado, y determine si las condiciones de contratación se ajustan o no a sus intereses. Es decir, a la hora de celebrar el contrato, las partes deben manifestar y hacer evidente *“la situación real de las cosas”*⁶⁵.

En el ordenamiento jurídico colombiano el derecho a ser informado ha sido elevado a rango constitucional, como se puede evidenciar en el artículo 20 de la Constitución Política donde se plasmó lo siguiente:

*“ARTICULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, **la de informar y recibir información veraz e imparcial**, y la de fundar medios masivos de comunicación (...)*”

Aunado a lo anterior, también se ha previsto el deber jurídico de informar al consumidor, tal y como lo establece el artículo 2 de la Ley 1480 de 2011⁶⁶. En ese sentido, se evidencia que el deber de información es

⁶⁵ Arrubla, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Tomo I*. Biblioteca Jurídica Dike. 11ª Edición. Medellín 2004.

⁶⁶ Ley 1480 de 2011 artículo 2 , numeral 1.3. Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.

reconocido en nuestro ordenamiento como un elemento principal que debe estar presente en las relaciones jurídicas entre particulares y con la Administración.

El deber de información deriva del principio de la buena fe, y está íntimamente relacionado con el deber de colaboración de las partes en la celebración y ejecución del contrato, tal como se explicó en el punto previo. Lo anterior, toda vez que establece una obligación legal de cooperar y suministrar por parte de quien se encuentre informado, *“información objetiva, clara, oportuna y veraz, con el fin de que ésta disponga de elementos de juicio suficientes para poder adoptar decisiones”*⁶⁷.

La importancia del deber de información radica en que los contratantes se encuentran en un desequilibrio de conocimiento, sobre los mismos contratantes, así como del objeto del contrato, el contenido del contrato y los efectos de éste. En ese sentido, ese desequilibrio de conocimiento genera la obligación a la parte que goza del conocimiento de informar sobre todas las situaciones y circunstancias que rodean al negocio y al objeto del contrato como tal y que la contraparte tiene interés en conocer.

El deber de información es principalmente importante en la etapa de formación del contrato, ya que es en ese momento donde los contratantes están recopilando la información necesaria para decidir sobre la celebración del contrato y emitir su declaración de voluntad. En ese sentido, la información que se presenta debe ser totalmente transparente, que muestre la veracidad del negocio, ya que esta influye de manera definitiva sobre el contratante al tomar la decisión de contratar o no.

En ese sentido, es importante tener en cuenta, para el caso en concreto, que la información presentada en la etapa precontractual, debe ser clara, oportuna y transparente, de manera que la contraparte pueda elaborar un juicio y decidir si contratar o no, partiendo del supuesto que las circunstancias que rodean la relación contractual respetan el principio de la buena fe.

En la misma línea, si la información suministrada no está completa, o no presenta la realidad de las circunstancias que rodean el negocio, se vicia el consentimiento. Es por ello que el contenido del deber de informar enmarca toda la información relevante que sirvan a la contraparte para determinar su consentimiento pleno en la decisión que tome de celebrar o no el contrato, como lo es, la conveniencia del negocio, los riesgos que puedan producirse, los derechos y obligaciones asumidas por las partes.

Así, el cumplimiento del deber de información permite equilibrar a las partes en un mismo marco y otorgar garantías a las mismas en el plano contractual.

4.1.4. La debida diligencia del profesional

⁶⁷ Solarte, Arturo. La Buena Fe Contractual y Los Deberes Secundarios de Conducta. VNIVERSITAS. Bogotá, 2004.

La calidad de profesional se adquiere por el conocimiento de una determinada técnica derivada de su estudio comprobado o de su ejercicio; situación que le atribuye competencias específicas que permiten hacerlo responsable por su omisión y, por tanto, en grado superior a lo que podría esperarse de un individuo cualquiera.

La calidad de profesional, entonces, debe determinarse por la capacitación de un individuo que desarrolla de manera habitual una actividad, bien por los estudios que ha realizado o porque la ha adquirido a través de la experiencia. En uno y otro caso, el régimen de responsabilidad profesional sería igualmente aplicable sin distinción.⁶⁸

La debida diligencia de un profesional para el ejercicio de una específica actividad se observa regularmente en función de la necesidad de poseer para su desarrollo, de especiales conocimientos adquiridos y reconocidos desde el punto de vista académico y paralelamente en función de la experiencia acumulada en su puesta en práctica. De allí que la evaluación de la debida diligencia de un profesional excede a la de un buen padre de familia del derecho civil de tal forma incluso que el parámetro de diligencia habrá de ser distinto acorde al sector en que la actividad se desarrolla.

No se le exige la misma diligencia a quien desarrolla actividades ordinarias como comerciante que a quien desarrolla alguna de las actividades consideradas como peligrosas así como actividades en las que se involucra la prestación de servicios públicos y/o de especial regulación y/o vigilancia y control por parte del estado, como por ejemplo, la prestación de servicios clínico hospitalarios y/o de prestaciones asistenciales.

Para la aplicación de este principio, descendiendo al objeto de esta Litis, observa el Tribunal que tanto convocantes como convocados ostentan especiales conocimientos académicos y profesionales en la administración y gestión de instituciones hospitalarias, como se desprende de los dichos de cada uno de los representantes legales de las convocadas y de los convocados en los interrogatorios que absolvieron en el proceso⁶⁹.

Las bases informativas tomadas en consideración por ambas partes para la satisfacción de sus intereses en la concreción del negocio han debido contener todos los elementos que la ciencia de la cual son expertos les

⁶⁸ El factor de imputación de la responsabilidad profesional. En la doctrina moderna, Alma Ariza Fortich, Revista de Derecho, Universidad del Norte, 34: 306-342, 2010.

⁶⁹ LILIA AMBRAD manifestó ser Médica Cirujana, especialista egresada del Instituto Nacional de Cancerología, en Radioterapia Oncológica. JUAN CARLOS FERNANDEZ manifestó ser Médico cirujano, administrador en salud, especialista en gerencia empresarial, Cuidado crítico, Master en administración. JULIO CESAR MORELLI, afirmó ser médico de profesión, con especialidad en financiera y maestría en administración, ocupándose del cargo de gerente y representante legal, de Gestión Caribe entre otras.

impone, en particular en lo referente a la correcta administración y gestión de la sociedad y de los establecimientos de comercios objeto de enajenación por medio del contrato que ocupa la atención de este Tribunal.

En este sentido, la diligencia profesional exigida en lo correspondiente a la identificación de todos los riesgos inherentes al giro ordinario de la actividad hospitalaria contempla un alto grado de rigurosidad. En efecto, aspectos como el control y vigilancia de las instituciones del Estado sobre éstos establecimientos, la relación con las empresas prestadoras de salud (EPS) y con las instituciones prestadoras de salud o (IPS), convenios con hospitales o clínicas, certificaciones por sistemas de calidad, relaciones con el sistema financiero, entre otros, se entienden plenamente valorados para efectos de decisiones como la de celebrar el contrato como el que es objeto de discusión ante este Tribunal.

Las implicaciones de ello van desde una adecuada valoración de los activos y pasivos de la institución con las particularidades propias del funcionamiento de las Instituciones prestadoras de salud en Colombia (cartera sin soportes, cartera de imposible recaudo, sanciones administrativas, pasivo laboral, etc.) no limitada al examen de estados financieros, hasta la valoración minuciosa del establecimiento como tal.

Los representantes legales de las convocantes de manera detallada dejaron ver ante este Tribunal la conciencia sobre tales implicaciones al punto que hicieron una valoración de riesgos que inicialmente fue catalogada como riesgo intermedio pero de un alto beneficio y luego, según expuso el señor Juan Carlos Fernández en el interrogatorio, esta posición cambia para hoy concluir (i) que se requería de un *análisis exhaustivo de seis meses más* y (ii) que de haberse hecho tal examen exhaustivo, quizás nunca hubieran procedido a comprar. El factor tiempo entra a jugar entonces un papel fundamental en la debida diligencia profesional que se destaca, factor del que también eran conscientes ambas partes, en particular los compradores convocantes, quienes no obstante haber asumido la administración y gestión del establecimiento de comercio en el mes de Noviembre de 2014, pasados 6 meses, es decir en mayo del 2015, renegocian las condiciones y forma de pago fijando específicos plazos para la verificación de contingencias que se pudiesen presentar con anterioridad a la fecha de la firma del contrato .

Tan fundamental fue este factor que el señor Alfonso Bug⁷⁰ en su declaración afirma:

70

ALFONSO BUG: Tengo 41 años, recién cumplidos, soy Contador Público, egresado de la Universidad de Cartagena y especialista en Gerencia Financiera de la Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá, actualmente, bueno los vínculos que tengo con el Centro Radio Oncológico es que en el mes de noviembre de 2014 en celebración de una Asamblea fui nombrado Revisor Fiscal del Centro Radio Oncológico con funciones que iniciaron el 2 de enero de 2015, hago esa precisión porque como ustedes bien sabe el Revisor Fiscal tiene que dictaminar sobre unos estados financieros entonces la fecha de entrada pues no era financieramente viable que la compañía pagara nuevamente un trabajo de dictaminar sobre algo que ya se

PRESIDENTE: *¿Y ahí en estos estados financieros deberían estar identificados, previstos de alguna manera determinados, los pasivos, las acreencias que le son propias, normales a una entidad del sector salud?*

ALFONSO BUG: *Sí claro, claro o sea ...*

PRESIDENTE: *¿El caso que nos ocupa esos estados financieros que usted recuerde existieron?*

ALFONSO BUG: *Ellos ...*

PRESIDENTE: *Existían firmados, acreditados.*

ALFONSO BUG: *Si claro, ellos a octubre, creo que fue el cierre de la ... es que yo no estuve en esa etapa, pero creo que octubre fue el cierre que se pusieron como límite para hacer el corte octubre de 2014, ellos entregaron los vendedores unos estados financieros firmados y el dictamen de hecho del año de 2014 por su Revisor Fiscal están firmados y están reportados a la Superintendencia Nacional de Salud, yo debo recordar que a la Superintendencia se le envían esos estados financieros con una firma electrónica, sí, eso sin esa firma electrónica del representante o del Revisor o Contador si no tuviera la obligación, en este caso si la tiene la Super no los acepta, o sea, que todo ese procedimiento que le permitiría a un tercero negociar una acción era válido, ahora, que nosotros recomendamos ir un poquito más allá, bueno, es porque es una recomendación que suma más no resta, es mucho mejor estar seguro de la razonabilidad de la cifra aunque no debería ser así simplemente con la firma de estas dos personas y el representante debería ser un documento concluyente, sí, o por lo menos razonable que es lo que hablan los dictámenes, porque no va a ser perfecto al 100% las cifras, el peso, el centavo, no, pero si razonable, hombre de 1000, 990, ok, razonable, sí, de eso se trata la razonabilidad. Entonces yo creería que si habían elementos en ese momento para el comprador y el vendedor los emitió salvo la recomendación que yo hago, que hubiese sido mejor, un poquito más dilatada en el tiempo por los procesos de verificación porque habría que hacer una circularización de cartera y ya solamente con un trabajo de circularización de cartera ya hubiesen aflorado todos esos problemas.*

Y en punto a una adecuada valoración de la empresa, expreso el perito contable JESUS BLANQUISETT TORRALVO, en la audiencia de contradicción de su dictamen celebrada el 03 de mayo de 2018, lo siguiente:

01:42:43.- Pregunta Tribunal.- En la experticia que tiene en el tema que hubiera pedido además de los estados financieros, para la negociación, teniendo en cuenta que como usted lo dijo anteriormente, los estados financieros son fotografías para terceros.

01:43:02.- El dictamen del revisor fiscal y una ampliación de las notas pero en particular si fuera inversionista no negociaría con un estado financiero, tendría que pedir una valoración de la empresa, buscar un tercero externo que me haga una valoración, para esto se necesita hacer una auditoria.

El hecho por tanto, de no ser los estados financieros el reflejo de la realidad económica y financiera del establecimiento, no purga el inexcusable error y por ende la propia omisión de los compradores convocantes

había trabajado con el anterior o el actual en ese momento el Revisor Fiscal, por eso asumimos funciones y operativas a partir del 2 de enero de 2015.

en no ahondar en aspectos como valoración de la empresa y el uso de mayor tiempo, para obtener un mejor reflejo de su situación y consecuentemente una mayor certeza en la determinación de los riesgos a asumir.

La debida diligencia profesional se concatena con los deberes de información, informarse, ser informado cuyo alcance y naturaleza son detallados en el presente laudo.

4.1.5. El deber de informarse y ser informado para la concreción de los negocios

Ahora bien, el deber de información, que emana de la buena fe, no se encuentra desligado del deber de diligencia que debe cumplir la contraparte. Es decir, que el deber de información y la debida diligencia de la contraparte, esta es, el cumplimiento del deber de informarse, van ligados al cumplimiento del principio de buena fe contractual.

La obligación de informar, tiene dos propósitos, por una parte, busca eliminar la desigualdad de conocimientos entre los contratantes y mantener un panorama de igualdad entre las partes evitando el ejercicio abusivo de posiciones dominantes; y por la otra, tiene como fin formar debidamente el consentimiento de los contratantes el cual se fundamenta en la información presentada y estudiada de las circunstancias y situaciones relevantes del negocio⁷¹.

Ha dicho la jurisprudencia, que el carácter profesional de la contraparte, así como las condiciones establecidas en el negocio, permiten indicar situaciones donde el deber de informarse prima en la relación contractual, por lo cual las omisiones de información no pueden ser alegadas como vicio del contrato, puesto que se presume que se poseían los elementos de juicio necesarios, y en caso contrario, la contraparte ha debido obtenerlos, por lo cual se suple la ausencia de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, ha dicho la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“(...) Como se tiene claramente establecido, no es suficiente que se aduzca la mera gestación de estado de desconocimiento o de ignorancia fáctica acerca de unos específicos hechos, porque es menester que dicho estado o ignorancia se generen en forma legítima o se tornen excusables (“carga de diligencia”) (...)”⁷²

En ese orden de ideas, es menester analizar las circunstancias concretas de las partes, y sus posibilidades de “auto-informarse”, para determinar hasta dónde llega el deber de informar y dónde empieza el terreno de las cargas que tienen las partes en la contratación, “*en particular las cargas de “sagacidad” y “conocimiento”⁷³*”. En

⁷¹ Chinchilla Imbett, Carlos A. *El deber de información contractual y sus límites*. Revista U externado. 2011.

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁷³ Véase a CANCINO RESTREPO, FERNANDO, *Estudios de derecho privado*, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1979 . Indica el texto que “*las cargas versan sobre la necesidad de satisfacer exigencias de índole positiva que incumben a quien, aspirando a determinado resultado práctico, tiene interés en obtener la eficacia del negocio que debe realizar para alcanzarlo*”.

ese sentido, el deber de información no es contradictoria con la carga asignada a los contratantes de informarse adecuadamente respecto de la materia sobre la que vayan a contratar, todo lo contrario, los deberes de informar e informarse van ligados y deben estar evaluados conforme al principio de buena fe contractual.

El que tiene el deber de ser informado no puede actuar con negligencia, máxime cuando las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

Ahora bien con base en lo anterior se debe aclarar que el deber de informar no excluye el deber de informarse actuando con la diligencia debida, dado que no se le puede atribuir un derecho a la pasividad de una de las partes en informarse debidamente, más aún cuando tiene el conocimiento profesional en el negocio jurídico a celebrarse. Así las cosas el deber de informar procede siempre y cuando y, solo si existe una parte profesional y otra profana en la materia, ya que si ambas partes son conocedoras de lo que se compra o vende se atenúa el deber de informar, ya que este principio de lo que trata es de el que sabe no se aproveche del que no sabe. Lo que se debe informar es lo razonable o sea lo que es normal según el tipo de contrato.

En ese entendido, en el plano de la compraventa, si bien el vendedor deberá informar la situación real de la cosa vendida, el comprador a su vez deberá ser diligente e informarse sobre lo que esta comprando, de manera que su consentimiento este dado de manera plena y sin que posteriormente pueda retractarse.

4.1.6. Due diligence- naturaleza y alcance

Aunado a lo anterior, en cumplimiento del deber de informarse que tiene el comprador en el negocio jurídico, uno de los mecanismos más conocidos y eficaces para tener pleno conocimiento del estado real del negocio es el due diligence, o debida diligencia. Este es un proceso de investigación y análisis en el cual se busca obtener toda la información necesaria sobre un negocio, el alcance del mismo, los riesgos potenciales que se presentan o se pueden presentar. Para ser más exactos, es una revisión exhaustiva en la cual se pretende tener con exactitud, la información acerca de que es lo que se va adquirir y cuál sería su precio, determinar los riesgos reales y analizar la realidad de la situación económica y financiera.

Un due diligence es útil cuando se va a llevar a cabo un proceso de adquisición o compra, para saber si el negocio resulta ser conveniente para la parte interesada. En ese entendido, el proceso debe realizarse durante la etapa de negociación, porque permite analizar y descubrir posibles pasivos que se encuentren ocultos en el negocio, revisar contingencias que hayan podido presentarse, y adicionalmente, planear las actuaciones pertinentes para lograr un beneficio económico derivado del negocio, si es que el mismo se realiza. Por lo cual, si el proceso de due diligence presenta información nueva o que se encontraba oculta y

no era conocida por la contraparte, sería necesario retomar las negociaciones en aras de aterrizar el negocio a la realidad manifestada.

En línea con lo anteriormente expuesto, debe tenerse en cuenta que la realización de un proceso de due diligence debe ir de la mano y en cumplimiento del principio de buena fe. En ese entendido, se debe contar con una autorización de la parte vendedora para poder realizar los estudios y análisis de los documentos pertinentes. Y al otorgar esta autorización, el vendedor asumirá la obligación de proporcionar la información que sea necesaria y oportuna al caso. Esto significa que el vendedor no podrá ocultar o tergiversar información y deberá mantener durante todo el proceso el cumplimiento de la buena fe. Si el vendedor incumple estas obligaciones, esto podría ser causal de nulidad del contrato y en consecuencia, estaría sujeto al pago de indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados.

Por el lado del comprador, quien es quien realiza el proceso de due diligence, emana la obligación de la confidencialidad. Es decir, que la información descubierta y analizada no podrá ser utilizada por el comprador ni podrá divulgarla.

El alcance del proceso de due diligence, depende del negocio que se va a realizar y las expectativas de los compradores, tal como estipula el Instituto Nacional de Contadores Públicos.

“Cada proceso de compra o fusión es diferente, y el alcance de la due diligence se determina considerando la expectativa de los inversionistas; es decir, lo que resulta significativo para ellos, de acuerdo con el tipo de transacción que están pensando llevar a cabo (compra de negocio, activos o fusión). En adición a comprobar la valuación de los activos y pasivos, normalmente, se enfocan en el entendimiento del margen financiero, los flujos de efectivo y las proyecciones financieras. Estas últimas en ocasiones resultan más relevantes que el análisis de resultados históricos.”⁷⁴

Debido a la rigurosidad de la investigación que se realiza en el due diligence, el mismo debe realizarse por un grupo de profesionales y expertos en los temas y áreas que se van a analizar, sea abogados, contadores, profesionales tributarios, entre otros. Se recomienda como mínimo realizar los siguientes análisis en el proceso de due diligence:⁷⁵

- *“Análisis de los estados financieros (internos y auditados), normalmente por dos o tres periodos, incluyendo los mismos a la fecha más cercana en que se lleve a cabo la due diligence.*

⁷⁴ Bernardo Soto Peñafiel. Due diligence financiera. Revista Contaduría Pública del Instituto Mexicano de Contadores Públicos. Mexico, 2015.

⁷⁵ Ibidem. Adicionalmente la Universidad De San Carlos De Guatemala. Por medio de un estudio realizado por su Escuela de Auditoría ha indicado los mismos aspectos como los mínimos que un due diligence debe cubrir.

- *Discusión con la Gerencia del prospecto para determinar la calidad y confiabilidad de la información financieros.*
- *Cumplimientos legales en los aspectos principales, según el negocio y la industria del prospecto.*
- *Documentar y revisar la transacción para asegurar que la misma está en orden y que la estructura es apropiada, según las regulaciones correspondientes.*
- *Medición de las utilidades futuras, para lo cual se consideran aspectos cuantitativos y aspectos cualitativos.*
- *Los aspectos cuantitativos podrían ser, entre otros: tendencias financieras y operativas, análisis de indicadores, reconocimiento de ingresos, estructura de costos y otros ingresos y gastos.*
- *Los aspectos cualitativos podrían ser entre otros: políticas contables agresivas o conservadoras, experiencia de la administración y confiabilidad de los controles internos.”*

Con estos aspectos analizados y vislumbrados por en la investigación, el comprador tendrá un panorama real de la situación del negocio y en ese entendido, podrá tomar su decisión con pleno conocimiento de toda la información relevante y necesaria de las circunstancias y aspectos que rodean el negocio.

Si bien el Código Civil y Código de Comercio no incluyen expresamente la “debida diligencia”, en cuanto a la responsabilidad por vicios ocultos o redhibitorios, han eximido al vendedor de responsabilidad cuando el comprador, conoció o ha debido conocer la información de los defectos de la cosa objeto del contrato, de haber realizado un examen adecuado de las circunstancias presentes en el negocio⁷⁶.

“ARTÍCULO 935. CARGA DE LA PRUEBA PARA EL VENDEDOR. Corresponderá al vendedor la prueba de que el comprador conocía o debía conocer el mal estado de la cosa vendida al momento del contrato. Para establecer si hay culpa del comprador se tendrá en cuenta la costumbre.”

Con este panorama, se infiere la indispensable realización del estudio antes de la celebración del contrato como tal, de manera que el comprador pueda cerciorarse de que cuenta con toda la información pertinente que le permita decidir si llevar a cabo o no el negocio.

⁷⁶ El artículo 1915 del Código Civil establece que es un vicio redhibitorio el que reúne las siguientes calidades: “1.) Haber existido al tiempo de la venta. 2.) Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio. 3.) No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio.”

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta el caso objeto de este arbitramento, queda claro que el due diligence es un proceso fundamental para realizar un negocio donde se compren las acciones de una compañía, ya que este procedimiento también implica la compra de todos los activos y pasivos que la componen. Es decir, se asumen una serie de derechos y obligaciones sobre situaciones que pueden o no estar reflejadas en los estados financieros de la compañía.

4.2. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

Como viene ya expresado, la controversia sometida a decisión de este tribunal versa sobre la responsabilidad civil contractual emanada del contrato de compraventa celebrado por escrito del 1 de noviembre de 2014, denominado “*Contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S., y sus establecimientos de comercio*”, concretamente respecto del sentido, alcance y efectos de la cláusulas del contrato primigenio y el otro si modificatorio relacionadas con la forma de pago convenida, concretamente con los Col\$2 mil millones a ser depositados por los compradores inicialmente para la constitución de un encargo fiduciario y luego, por disposición de un otro si, en dos cuentas de ahorro a nombre de los vendedores, valor concebido contractualmente como garantía para atender las contingencias descritas en la cláusula tercera modificada, durante el periodo sobre el cual aplicarían y los tiempos para su disposición por parte de los vendedores así como el procedimiento para generar pagos con cargo a ellas

Tal y como lo ha indicado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia “... *El Código Civil destina el título 12 de su Libro Cuarto a recoger cuanto se refiere a los efectos de las obligaciones contractuales, y el título 34 del mismo Libro a determinar cuáles son y cómo se configuran los originados en vínculos de derecho nacidos del delito y de las culpas. (...) Estas diferentes esferas en que se mueve la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y el mecanismo probatorio*”⁷⁷.

Si bien en el mundo existen tendencias hacia la unificación de estos regímenes de responsabilidad entre particulares y en nuestra misma jurisprudencia existe una tendencia hacia lo que se ha denominado la “*contractualización de la responsabilidad civil*”, no por ello significa que la división bipartita tradicional en temas de responsabilidad civil que rige en nuestro ordenamiento legal no tenga relevancia en la actualidad.

Por el contrario:

“... Cuando se acuda a teorías como la que pregona la unidad de la culpa civil o a cualquiera otras de alcance similar, orientadas a poner de manifiesto por diversos caminos que sólo son accesorios o

⁷⁷ Sentencia del 19 de febrero de 1999. Ver también: Corte Suprema de Justicia. G.J. T.LXI, p. 770.

secundarios los matices diferenciales que registran los dos tipos de responsabilidad en cuestión, algo sí resulta ser indiscutible y es que en la tarea de distinguirlos e imprimirles el correspondiente tratamiento jurídico siempre habrá de tenerse en cuenta que la responsabilidad llamada “contractual”, concreta por esencia, juega de ordinario entre personas que se han ligado voluntariamente y que por lo mismo han procurado especificar el contenido de los compromisos emergentes del negocio por ellas celebrado, mientras que la responsabilidad extracontractual opera entre quienes ha vinculado únicamente el azar y la extensión de los imperativos de conducta incumplidos en los que toma causa la respectiva prestación resarcitoria del daño en que dicha responsabilidad se traduce, es definida con frecuencia con normas de notoria abstracción, lo que en último análisis lleva a concluir que no es indiferente en modo alguno el régimen en que de hecho se sitúe una demanda entablada para obtener el pago de perjuicios”⁷⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, no existe duda de que en el caso que nos ocupa la médula del debate probatorio y jurídico se centrará en determinar la posible responsabilidad contractual de las Partes.

Para tales fines se hace necesario acreditar los siguientes aspectos fundamentales: 1) La existencia de un contrato válido; 2) El incumplimiento contractual; 3) El nexo de causalidad necesario entre el incumplimiento contractual y el daño generado, y, 4) La existencia de un daño debidamente acreditado por la parte contractual que lo alega.

4.2.1. EL CONTRATO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD CENTRO RADIO ONCOLÓGICO DEL CARIBE S.A.S., Y SUS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO. LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO VALIDO.

Para el Tribunal es claro que las partes Convocante y Convocada, suscribieron dos documentos; Uno denominado Contrato de Enajenación de acciones de la Sociedad Centro Radio Oncológico Del Caribe S.A.S. y sus Establecimientos de Comercio, y otro denominado “Otro Si” al Contrato de Enajenación de acciones de la Sociedad Centro Radio Oncológico Del Caribe S.A.S. y sus Establecimientos de Comercio, en los cuales plasmaron su voluntad y acordaron las pautas bajo las cuales se iba a realizar el negocio jurídico, esto es, la compraventa de la totalidad de la composición accionaria de la sociedad CENTRO RADIO ONCOLÓGICO DEL CARIBE S.A.S. y sus establecimientos de comercio.

Para el Tribunal estos instrumentos, además de tener objeto y causa lícitos, regulan en esencia la relación contractual que se dio entre las Partes, al igual que impone las distintas conductas en cabeza de cada extremo, para el debido cumplimiento del objeto del negocio jurídico celebrado. Además, ninguna de las Partes ha cuestionado **la existencia y validez del mencionado contrato.**

Ahora bien, de cara al análisis del segundo elemento de la responsabilidad civil contractual, esto es, **el incumplimiento contractual**, conforme a los mencionados instrumentos y como fundamento de esta Litis, de

⁷⁸ Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de febrero de 1999.

la demanda, su contestación y las pruebas arrimadas al proceso, quedaron evidenciados varios problemas jurídicos que el Tribunal deberá resolver de cara a la prosperidad o no de las pretensiones y/o excepciones propuestas por los convocados, así: 1) El precio de venta y su determinación; 2) El plazo y forma de pago de los dos mil millones establecidos en la cláusula tercera Literal b incisos 1 y 2 acorde a la voluntad vertida en el otro si modificatorio de fecha 04 de mayo de 2015; y, el depósito como garantía, su finalidad y alcance teniendo en cuenta su destinación según la propia estipulación y el querer de las partes acreditado en el proceso; 3) El o los periodos convenidos como forma de establecer a cargo de cuál de las partes esta la responsabilidad por su pago.

4.2.1.1. EL PRECIO DE VENTA Y SU DETERMINACIÓN.

La cláusula SEGUNDA del Contrato de Enajenación de Acciones de la Sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe SAS y sus Establecimientos de Comercio establece:

*“**SEGUNDA. Precio.** LOS VENDEDORES, venden y transmiten a LOS COMPRADORES las (100) cien acciones ordinarias y nominativas de su propiedad y que corresponden al (100%) cien por ciento de la totalidad de la composición accionaria de la Compañía CENTRO RADIO ONCOLÓGICO DEL CARIBE S.A.S., por un valor total comercialmente acordado por las partes de DOCE MIL MILLONES DE PESOS m/cte. (\$12.000.000. 000.oo) Representados así: DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.000) correspondientes al valor comercial de las acciones, es decir, cada acción tendrá un precio comercial de venta para LOS COMPRADORES dentro del presente contrato de, VEINTE MILLONES DE PESOS m/cte. (\$20.000. 000.oo); y DIEZ MIL MILLONES DE PESOS correspondientes a la masa de activos de la compañía; Bienes muebles e inmuebles, Propiedad planta y equipo, Cuentas por cobrar e Intangibles.”*

Resulta claro para este Tribunal que el precio pactado por ambas partes, por el cien por ciento (100%) de la composición accionaria es el de DOCE MIL MILLONES DE PESOS m/cte (12.000.000.000). Es decir que este es el valor total del precio que están obligados a pagar los compradores a los vendedores por las CIEN (100) acciones ordinarias y nominativas objetos del contrato. Los hechos de la demanda referidos al precio de venta, esto es, los hechos 4.3., 4.4, y sus descriptores 4.4.1., 4.4.2, 4.4.2.1, 4.4.2.2, y el hecho 4.5, fueron aceptados como ciertos por los convocados en la contestación a la reforma de la demanda.

Antes de entrar a profundizar sobre uno de los elementos esenciales del contrato de compraventa, considera este Tribunal que se hace necesario puntualizar sobre la normatividad que nos rige frente al desarrollo del negocio jurídico y las obligaciones que surgen para las partes integrantes del mismo, como consecuencia del ejercicio autónomo de su voluntad y la manifestación de la misma plasmada en un contrato.

En este orden de ideas tenemos que recurrir al Artículo 1602 del Código Civil, ya citado en este laudo, que en su tenor literal establece, que *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Así las cosas, es palmario que al ser el contrato una ley para las partes que lo suscribieron, se está a la esencia compromisoria o vinculante del ejercicio de la autonomía privada, permitiendo a los particulares disponer de sus intereses, sólo que su ejercicio los ata; de ahí el corolario de que la relación generada por medio del negocio jurídico, vinculante para sus autores, es firme y no puede ser cancelada ni modificada caprichosamente, sin miramiento por todas las partes integrantes de esa relación contractual, en tanto y en cuanto, las convenciones contenidas en el contrato, no pueden ser revocadas, disueltas, invalidadas y/o modificadas sino por su mutuo consentimiento, que de contragolpe, no puede perder su ser y eficacia, sino por el mutuo consentimiento de ellos o por causas legales.

Reiterando y complementando lo esbozado, el artículo 1625 *ibídem* nos enseña,

“Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

- 1) *Por la solución o pago efectivo;*
- 2) *(...).”*

Lo que corrobora que el alcance de los sujetos de la relación jurídica está el desdecirse, al volverse atrás o retractarse, obrando de manera igual o similar a como actuaron para crearla, por mutuo acuerdo, contrario a ello tienen la obligación de cumplir literalmente las condiciones de su convención, salvo que extingan la misma por cumplimiento de estas.

Arrimándonos a nuestro caso particular y concreto, tenemos que la relación contractual que hoy nos ocupa hace alusión a un contrato de compra venta de acciones, en donde una de las convocada se obligó transferir libremente el derecho real de dominio y el convocante a pagar el precio en dinero en la forma y términos que fueron pactados, en donde el precio de la venta a luz de nuestra normatividad vigente fue determinado por las partes, en su acuerdo de voluntades en la cláusula tercera del mismo modificado por el Otro Sí modificatorio de la misma, suscrito el día 4 de Mayo de 2015, estipulándose como principal obligación del comprador en la de pagar el precio convenido de conformidad con lo reglado en el artículo 943 del Código de Comercio y 1928 del Código Civil.

En este orden de ideas la contra partida de la obligación del vendedor, fue el precio pactado en el contrato objeto de marras por valor de DOCE MIL MILLONES DE PESOS M/LEGAL COL. (\$12.000.000.000,00) de

conformidad con lo pactado en la cláusula segunda del contrato y con lo reglado en el artículo 1849 del Código Civil, el cual está claramente determinado y fue fijado de manera libre por las partes, en un pleno acto de autonomía privada, surgiendo así la obligación de pagar ese precio de acuerdo con el artículo 920 del Código de Comercio, desde el mismo momento de la celebración del contrato primigenio y su modificación por el Otro Si en comento.

Este no solo fue determinado de acuerdo con el artículo 1864 numeral 2 del Código Civil, sino lo fue también su forma de pago, quedando claro para el deudor hoy convocante no solo que es lo que debía pagar por el objeto del contrato, sino como lo debía pagar y así a contra piso el acreedor hoy convocando, tenía claramente sentado lo que debía esperar.

Por ello, este Tribunal debe tener en cuenta la conformidad o disconformidad de lo ejecutado por el deudor–convocante con el patrón del título que para nuestro caso es el mencionado contrato de compraventa de acciones, lo cual da los puntos de referencia ciertos para emitir la decisión.

Para lo cual se hace necesario aterrizar fundamentalmente en el pluricitado Otro Si modificatorio de la cláusula tercera literal b) numeral 1º, el cual nos permite concluir con las pruebas arrimadas al cartulario concretamente los interrogatorios de partes a los representantes legales de los convocantes JULIO CESAR BORELY JULIO y JUAN CARLOS FERNANDEZ MERCADO, que en su calidad de compradores (deudores) nunca cumplieron con el pago del precio en la forma y términos pactado tanto en el contrato como el modificatorio del mismo, relacionados con no solo la constitución del depósito sobre la suma de DOS MIL MILLONES DE PESOS M/LEGAL COL. (\$2.000.000.000,00), sino igualmente con el pago mensual de SESENTA MILLONES DE PESOS M/LEGAL COL. (\$60.000.000,00) incumplido desde el mes de mayo de 2015 y causados hasta el día en que se cumpla con el pago del saldo del precio que nunca fue depositado, es decir, este monto fue pactado como una obligación de tracto sucesivo y sujeto a una condición temporal que genera su efecto hasta el día en que efectivamente se le dé estricto cumplimiento al pago del precio por lo que así lo decidirá este tribunal en su parte resolutive, en donde se denota desde ya el incumplimiento de las obligaciones en cuanto a la forma de pago. Lo anterior da pie para que el Tribunal reconozca la prosperidad de la Excepción de Sustracción al cumplimiento de las obligaciones contractuales propuesta por el extremo convocado. En efecto veamos,

En la cláusula tercera modificada por el Otro Sí de conocimiento, se acordó que los compradores depositarían la suma de DOS MIL MILLONES DE PESOS M/LEGAL COL. (\$2.000.000.000,00) antes de los seis (6) meses posteriores a la firma del contrato inicial, es decir, si el contrato se suscribió el día 1 de Noviembre del año 2014, a fecha 1 de mayo de 2015, debía haberse realizado el depósito, lo cual se ratifica si tomamos el acuerdo modificatorio en donde se decanta igualmente la misma obligación, que nace desde esa fecha, pero

solo cambiando la forma del depósito, en donde ya no sería un encargo fiduciario sino en una cuenta rentapremium max del Banco Colpatria de Cartagena, lo cual al día de hoy aún no se ha dado; como así quedo demostrado en el desarrollo del presente proceso, lo que corrobora aún más el incumplimiento del convocante en su principal obligación como lo es el pago del precio pactado libremente en el acuerdo de voluntades y a lo cual no puede sustraerse el comprador al pretender modificar unilateralmente el contrato que lo ata, en tanto y en cuanto, es palmario que toda modificación sobre este debe no solo realizarse de la misma manera en que se acordó el contrato primigenio (por escrito), sino en forma bilateral; jamás pueden cambiarse las obligaciones del contrato legalmente celebrado por uno solo de los contratantes, máxime cuando no se puede alegar causación de contingencias de motuo propio, sin haber realizado el deposito con el cual las mismas en gracia de discusión, si se hubiesen causado que no lo fueron, ni mucho menos se utilizo el procedimiento pactado para su pago, se cancelarían lo que vulnera expresamente la voluntad de las partes fijada en el contrato como viene dicho.

Ahora bien, en cuanto al RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INTERESES FRENTE AL CONTRATO, debe el Tribunal hacer los siguientes análisis:

De otra parte no puede este tribunal dejar de pronunciarse sobre la actitud de las partes, frente al tema concreto del cobro y pago de intereses de acuerdo con lo que se encuentra demostrado no solo documentalmente con las facturas N° 16, 19, 22, 24, 26, 28, 32, 34, 36, 38 y 40 expedidas por los convocados (José Gómez Soto) y aceptadas por los convocantes, en el sentido de que se debe establecer si dichos conceptos corresponden realmente a un concepto sobre intereses de capital y/o abonos a capital como lo afirma la convocante; para ello se hace necesario por parte de este tribunal traer a colación el concepto de interés, así,

Por interés puede entenderse el provecho, utilidad o ganancia que se obtiene de alguna cosa o producto. También se define el interés como el lucro producido por el capital. Puede decirse que el interés es la remuneración a que el acreedor tiene derecho a percibir del deudor por la suma de dinero que se le adeuda. Hablar de intereses es hablar necesariamente de deudas pecuniarias, es decir, de aquéllas cuyo cumplimiento exige la entrega de dinero.

El derecho a la percepción de intereses presupone la existencia de una obligación principal de carácter pecuniario que vincula al deudor con el acreedor. Es a partir de la subsistencia de esta obligación principal del deudor de entregar o restituir al acreedor un capital inicial que puede nacer una obligación accesoria de retribuir al acreedor con unas cantidades adicionales. El devengo de estas cantidades adicionales a favor del acreedor estará condicionado a requisitos o cláusulas establecidas legal o convencionalmente.

Ahora bien en nuestro ordenamiento jurídico queda claramente sentado que el primer rasgo jurídico distintivo que define el interés es su carácter accesorio a una preexistente obligación principal de tipo pecuniario que

vincula al deudor con el acreedor, que en nuestro caso particular, está plenamente demostrado con la existencia de una obligación principal denominada contrato de compraventa de acciones.

El segundo de los elementos que caracterizan la obligación del pago de intereses es que esta última es de naturaleza dineraria, al igual que la obligación principal, que está determinado en este asunto por el precio pactado en el contrato. Un tercer aspecto común a las diferentes modalidades de interés es que la cuantía final adeudada estará condicionada por el factor cronológico, es decir, el importe finalmente adeudado en concepto de intereses deberá calcularse teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, igualmente probado en este caso toda vez, que el pago de parte del precio estaba sujeto a una condición de tiempo.

Lo anterior permite concluir de acuerdo con lo que viene esbozado, que el pago mensual de NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS (\$9.304.280,00) realizados desde el mes de mayo de 2015, corresponden realmente a intereses sobre el capital adeudado y no a abonos de capital, en la medida en que su causación se dio sobre el saldo del precio, que quedó pactado a un plazo determinado en el contrato, pagaderos la suma de Mil Millones de Pesos a los seis (6) meses posteriores a la firma del contrato y los restantes Mil Millones de Pesos exigibles a los dieciocho meses posteriores de dicha suscripción.

Así lo acordaron las partes y en la forma como se generaron (facturas de cobro) claramente se visualiza su concepto (*pago de intereses no recibidos desde la fecha pactada contrato enajenación de acciones*) así como en los comprobantes de egreso expedidos por la convocante por el mismo concepto.

También lo confiesan los convocantes en sus escritos cuando afirman que dicho concepto corresponde a *“intereses de dinero no recibido desde la fecha pactada en la cláusula tercera del Otro Sí al contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radioncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio por valor de Dos Mil Millones de Pesos M/C (\$2.000.000.000,00) por el 0,465% interés mensual”*.

De lo anterior podemos decantar fácilmente que el establecimiento entre las partes de la obligación de pagar intereses por el capital debido, para este caso fue de intereses remuneratorios como contraprestación por el plazo pactado para la entrega del saldo sobre el capital del precio pactado, toda vez, que de acuerdo con lo acordado por la partes estas sumas de dinero operaron como una retribución por el saldo del precio debido y es por ello que se constituye realmente estas sumas como un complemento económico que recibieron los convocados por el dinero que debían entregar los convocantes *Dos Mil Millones de Pesos M/C (\$2.000.000.000,00)*, y ello así se encuentra plenamente probado que fue pactado por las partes como viene dicho, lo cual se encuentra ajustado a lo previsto en el Código Civil.

En cuanto estos intereses remuneratorios responden a la productividad del dinero y operan como una contraprestación por el saldo del capital adeudado correspondiente al precio; y para nuestro caso además tienen un origen netamente contractual, por lo que deberá estarse al contenido de lo pactado por las partes, que dicho sea de paso determinaron su cuantía (0,465% mensual), es por ello que mal haría este tribunal en pronunciarse de conformidad con lo afirmado por los convocantes en el sentido de que estos valores corresponden a abonos sobre el capital, en la medida en que de ser ello así, necesariamente tendría que haberse dado una modificación a las cláusulas del contrato de compraventa, ya que no es dable de acuerdo con lo que se ha venido desarrollando en este laudo, que se pueda dar una modificación unilateral de la voluntad contractual, dado que con ello se violaría la autonomía de las partes plasmada en un contrato que en estos momentos es ley para las partes y por ello, solo puede ser modificado de acuerdo con la misma voluntad de las partes o por una causa legal, lo que ni uno ni otro caso se ha dado, por lo que solo le resta a la convocante estarse a lo legalmente pactado.

De otra arista pero dentro del mismo contexto, frente al mismo tema de los intereses es claro para este tribunal que a partir del incumplimiento del contrato se causan los intereses moratorios, que son diferentes a los pactados por las partes y referenciados en el ítem anterior, los cuales tienen su fundamento legal entre otras infracciones, en morosidad, ya que al constituir la presente obligación *Dos Mil Millones de Pesos M/C (\$2.000.000.000,00)* en el pago de esta cantidad de dinero, y habiendo incurrido los convocantes en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses sancionatorios de acuerdo a lo establecido en la ley, con el fin de resarcir al acreedor-convocados-vendedores por el cumplimiento tardío de una obligación pecuniaria, dado que, por un lado, se está ante un cumplimiento retrasado y no ante un incumplimiento íntegro de la obligación y, por otro lado, carece de toda relevancia, en gracia de discusión si los convocantes hubieran probado que los convocados (que tampoco lo demostraron) no sufrieron daño alguno por el retardo ya que siempre para estos presume la existencia de daño una vez concurren los elementos formales para la constitución del deudor en mora, por lo que así en ese sentido se pronunciara este tribunal en su parte resolutive.

4.2.1.2. EL PLAZO Y FORMA DE PAGO DE LOS DOS MIL MILLONES ESTABLECIDOS EN LA CLAUSULA TERCERA LITERAL B INCISOS 1 Y 2 ACORDE A LA VOLUNTAD VERTIDA EN EL OTRO SI MODIFICATORIO DE FECHA 04 DE MAYO DE 2015 Y EL DEPOSITO COMO GARANTÍA, SU FINALIDAD Y ALCANCE TENIENDO EN CUENTA SU DESTINACIÓN SEGÚN LA PROPIA ESTIPULACIÓN Y EL QUERER DE LAS PARTES ACREDITADO EN EL PROCESO.

El depósito de una parte del precio de venta a cargo de los compradores con la finalidad y destinación de servir como garantía frente a la modalidad y tipo de contingencias acordadas, lo contemplan las partes en la cláusula tercera del contrato original, cláusula esta contentiva de la FORMA DE PAGO del precio pactado (Col\$12.000.000.000 acorde a la cláusula segunda) , concretamente en su literal b) según el cual , el pago del saldo final de Col\$9,500,000,000 , en el plazo acordado de seis meses posteriores la firma del contrato (1 de noviembre de 2014) debida realizarse de la siguiente manera:

1. *DOS MILLONES DE PESOS (sic) m/cte. (2.000.000.000) destinados para constitución de un encargo fiduciario o fideicomiso , estos, serán depositados por los compradores antes de los 6 meses posteriores a la firma de este contrato, dicho pago, deberá permanecer de la siguiente manera . MIL MILLONES DE PESOS m/cte (\$1.000.000.000.oo) por el termino de (1) año contado a partir de la fecha de su depósito y MIL MILLONES DE PESOS m/cte (\$1.000.000.000.oo) por el término de dos años contados a partir de la firma del presente contrato . El fideicomiso se tendrá como garantía dentro del presente contrato, ante posibles demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad médica, responsabilidades contractuales y extracontractuales o reclamaciones de tipo económico, que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del presente contrato . Los dineros depositados en el encargo fiduciario serán entregados en su totalidad a los vendedores en los porcentajes que le corresponden a cada uno, de acuerdo a su participación accionaria, una vez venza el termino por el que se constituyo el fideicomiso .(Subrayados del Tribunal)*

Dispuso el numeral 2) de dicho literal b que los Col\$7.500.000.000 restantes se pagarían en dentro de los mismos 6 meses posteriores a la firma del contrato mediante depósitos individuales en las cuantas de cada uno de los vendedores , Col\$1,500,000,000 a José Gómez y Col\$6,000,000,000 a Lilia María Ambrad .

La integralidad del literal b) incluyendo sus numerales 1 y 2 fue modificada por las partes mediante otro si firmado el 4 de mayo de 2015, quedando en su primera parte, así :

2. *1: DOS MIL MILLONES DE PESOS MLCTE (\$2.000.000.000.oo) que LOS COMPRADORES depositaran en el Banco Colpatría de Cartagena en las oficinas ubicadas en Bocagrande; en una cuenta de ahorro Rentapremium Max No 4252002452 a nombre de los señores LILIA MARIA AMBRAD GHISAYS y JOSE ALBERTO GOMEZ SOTO para consignar QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$500.000,000), y otra cuenta de ahorro Rentapremium Notificación No 4252002450 a nombre de los señores LILIA MARIA AMBRAD GHYSAYS Y JOSE ALBERTO GOMEZ SOTO para consignar MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MLCTE (\$1,500,000,000). El termino para liberar y retirar de las cuentas estos dineros por parte de los VENDEDORES sin visto bueno de los compradores, será así: MIL MILLONES DE PESOS MCTE (\$1.000.000.000.oo) por el término de seis (6) meses contados a partir del 1 de mayo de 2015 y MIL MILLONES DE PESOS MLCTE (\$1,000,000,000,oo) restante por el término de dieciocho (18) meses, contados a partir del primero de mayo de 2015 como consta en el contrato de enajenación de acciones. Los valores antes mencionados se tendrán como garantía dentro del contrato de enajenación de acciones , ante posibles demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad medica, responsabilidades contractuales y extracontractuales o reclamaciones de tipo económico, que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del presente contrato. .(Subrayados del Tribunal)*

Observa el tribunal de manera clara que:

- Los compradores se obligaron a realizar un depósito por valor de Col\$2.000.000.000 en dos cuentas de ahorro Premium con titularidad y número descritas en la cláusula.
- Que la finalidad dispuesta por ambas partes para dicho depósito no era otra que tener dichos recurso como garantía ante posibles demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad médica, responsabilidades contractuales y extracontractuales o reclamaciones de tipo económico, que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del presente contrato. Ello implica necesariamente que, las partes acordaron como mecanismo esencial, sin perjuicio de los periodos pactados para el pago, el periodo sobre el cual los hechos que configuran las contingencias acordadas radicaban en cabeza del vendedor (hechos ocurridos antes de la firma del contrato) y demás condiciones procedimentales, para atender el pago de ellas , que el depósito de los dos mil millones debía realizarse, de tal forma que, sin la realización de dicho deposito devendría imposible dar cumplimiento a la finalidad pactada y al pago de las contingencias en el evento en que se presentaran .

El deposito efectivo y real en las cuentas enunciadas desencadena y posibilita que la función garantista pactada en realidad se cumpla si las contingencias, definidas y convenidas, se presentan. Dicha finalidad no es otra que la de pagar las contingencias para cuya satisfacción fue destinado dicho valor, de tal forma que si se presentan, los compradores, puedan pagarlas, por ser los legitimados para ello al tener para la fecha de la firma del Otros Si el control operacional del establecimiento de comercio comprado, con el consentimiento de los vendedores y la observancia de los requisitos y formalidades acordadas. No podría válidamente desde el enfoque contractual atenderse el pago de las contingencias acordadas, sin que previamente se hubiese efectuado el depósito de los dos mil millones por parte de los compradores. No encuentra el tribunal en el pacto contractual, ni en las pruebas arrumadas al proceso, elementos de deducción que permitan determinar la posibilidad de atender el pago de las contingencias de forma y manera diferente a la pactada y particularmente sin acudir los compradores al depósito en las cuentas definidas, de la parte del precio destinada como garantía para la ejecución de dichos pagos.

La función garantista de esta parte del precio para las contingencias descritas en el contrato, es cuestión pacífica entre las partes. En efecto el hecho 4.6 de la reforma de la demanda, que así la describe, es

contestado por los convocados como cierto⁷⁹. Igualmente dicho carácter es reconocido por los representantes legales de los compradores y testigos relevantes como el del señor Álvaro Morelos quien actuó como asesor del asesor del Centro de Investigaciones Oncológicas del Caribe en todo el proceso de negociación y actualmente funge como miembro de su Junta Directiva. En efecto, en declaración rendida por el señor JUAN CARLOS FERNANDEZ representante legal del Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica de la Mujer, el día 21 de febrero de 2018, expresó:

JUAN CARLOS FERNANDEZ: *La información nos fue llegando y la factura nos fueron llegando, de hecho, el tema con la eps, ellos vinieron a refacturar y a reconciliar todos los temas de unas facturas previas. Es decir, esas facturas estaban y no las habían mostrado a nosotros como facturas conciliadas pero esas facturas no estaban conciliadas, simplemente habían radicado. Es muy diferente que usted radique una factura a que ya este conciliada, aceptada y que la vayan a reconocer y a partir de ese momento fue que después de ese periodo fue que nos llegaron a nosotros es muy diferente que usted coloque en una factura, yo te la radico, si te la recibí, pero no la vamos a conciliar y entonces fue que nos llegó todo el tema de eso, pero era con los periodos anteriores y para eso era el, el seguro de los 2000 millones. Es decir, durante este periodo nos empezaron a salir y más y más y más y más un tema por ejemplo el del software que fue comprado si no estoy mal en el año 2012. Pero al final, la factura no la terminan aplicando a nosotros después del periodo de compra, per*

El mismo día, en declaración de parte el señor JULIO CESAR MORELLI gerente y representante legal, de Gestión Salud SAS, expresó:

INTERVENCIÓN: (01:15:27). *Le pregunto para acordar, los dos mil millones de pesos era para las contingencias que sucedieron con relación al contrato, no es cierto.*

JULIO CESAR MORELLI: *Sí señor.*

INTERVENCIÓN: (01:15:36). *Las contingencias que surgieron, sí, a la que hace referencia, efectivamente ¿son las que quedaron pactadas en el contrato?*

JULIO CESAR MORELLI: *Si es que las contingencias, propuesta de manera general, son contingencias de (No se entiende 01:15:50). Fiscales, laborales, técnicas, eh, todas las que se pudieran presentar. Eso quedó pactado y está contrato, dentro del contrato primigenio.*

PRESIDENTE: *La finalidad de los 2000 millones de pesos, era para atender las contingencias.*

JULIO CESAR MORELLI: *Contingencias sí señor.*

⁷⁹ Hecho de la reforma de la demanda 4.6. *Se pactó, igualmente en este otro sí, que esta parte del precio, por la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00) se tendrá como garantía dentro del contrato de enajenación de acciones, ante posibles demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad médica, responsabilidades contractuales o extracontractuales o reclamaciones de tipo económico que surjan por hechos que ocurrieron antes de la firma del contrato. Pronunciamiento hechos Reforma de la demanda Arbitral . Punto 6 . El Numeral 4.6 de los hechos de la demanda, es cierto*

Por su parte el señor ALVARO MORELLO en declaración rendida el día 5 de febrero de 2018, manifestó:

PRESIDENTE: *La conciliación financiera que usted nos acaba de relatar se hizo antes de la concreción del negocio junio del 2014, después de junio de 2014.*

ALVARO MORELO: *No, en el contrato quedaba estipulado que obviamente para nosotros había un riesgo porque era una empresa con toda la cantidad de actividades que realiza tener inherente unos riesgos, sí, y que no teníamos conocimiento detallado del funcionamiento de la empresa administrativamente, entonces eso implicaba que nosotros nos íbamos a llevar un tiempo o iba a pasar un tiempo antes de poder tener una realidad administrativa y financiera de la empresa. No sin que eso impidiera que pudiésemos hacer el negocio, por eso se hace el negocio en noviembre, se deja una garantía de \$2.000.000.000 millones donde ellos aceptan que existen unos riesgos porque si no, no se hubiese razón de ser de haber dejado una garantía por \$2.000.000.000 millones de pesos, ellos aceptan que existen unos riesgos y nosotros dijimos que había una posibilidad de ese riesgo y que lo tasamos en \$2.000.000.000 millones de pesos y que habían un compás de 2 años para que esos \$2.000.000.000 millones de pesos que daban como garantía le fueran devueltos a los señores mientras se definía si realmente la empresa tenía alguna acreencia o no, que fue lo que sucedió en los 2 años nos fuimos dando cuenta de las acreencias.*

De otra parte, quedo plenamente demostrado durante el trámite probatorio que, los compradores convocantes NO depositaron los Col\$2.000.000.000 en las cuentas Renta Premium descritas en el otro si modificatorio de la cláusula tercera contractual. El hecho 4.10, de la demanda así lo confirma, hecho este en punto específico al no depósito, se contesta por los convocados como cierto⁸⁰.

Ello es igualmente ratificado por los representantes legales de los convocantes en sus declaraciones⁸¹ y algunos de los testigos de ambas partes en el proceso. Corresponde entonces al tribunal determinar si, las

⁸⁰ Hecho 4.10. de la reforma a la demanda. *El saldo de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00), que sirve de garantía para el pago de contingencias ocurridas durante la administración de LOS CONVOCADOS, no fue depositado en el Banco Colpatria, cuentas Renta Premium, porque LOS CONVOCADOS tenían el control sobre dichas sumas para efectos de su disposición y lo razonable era que dicho retiro se produjera luego del pago de todas las contingencias que fueron garantizadas con dicho valor. Punto 10 del escrito de contestación obrante a folios 576, Tomo II, del expediente.*

⁸¹ **DOCTOR ANTONIO:** *Sí señor. Otra, la cláusula tercera, del otro sí modificatorio, del contrato de enajenación de acciones, establece el depósito de dos mil millones de pesos como parte del precio de venta en una cuenta Renta Premium del Banco Colpatria, en las condiciones y montos acordados dentro de ese contrato. La pregunta es, ¿Esos montos fueron depositados en las cuentas renta Premium tal como se planteó en el otro sí? JUAN CARLOS FERNANDEZ:* *El otro sí, hace parte de, el contrato había establecido una cosa, habíamos definido que íbamos a hacer una consignación de 2000 millones de pesos en una cuenta. Cuando se estableció el otro sí, se estableció que íbamos a consignar en un periodo de 6 meses después de esto y hasta 18 meses. Eso no se consignó, pero se realizó un acuerdo con los convocados, a través del cual nosotros estamos pagándoles intereses. Esos intereses se pagaron debidamente durante todo el periodo. DOCTOR ANTONIO:* *Pero no fueron consignados. Esa es la pregunta., básicamente lo que necesita responder es, si consignaron o no consignaron. JUAN CARLOS FERNANDEZ:* *No pagamos los ... DOCTOR ANTONIO:* *No consignaron. JUAN CARLOS FERNANDEZ:* *Pagamos los intereses. De acuerdo, a lo establecido con ellos en un*

razones aducidas por las convocantes para no realizar el depósito se ajustan a la ley del contrato, esto es, a las estipulaciones expresas y tácitas convenidas por las partes, en función de las pruebas aportadas al proceso, para a renglón seguido establecer si procede excusar su incumplimiento o no.

Las razones principales esbozadas para buscar justificar la no realización del depósito se embarcan, como lo expresa el hecho 4.10 de la reforma de la demanda, *porque LOS CONVOCADOS tenían el control sobre dichas sumas para efectos de su disposición y lo razonable era que dicho retiro se produjera luego del pago de todas las contingencias que fueron garantizadas con dicho valor*. Argumentación igualmente puesta de manifiesto en las declaraciones del señor Morelli, el testigo Álvaro Morelo y la testigo Luz Mendoza. Esta argumentación, la falta de control, viene a generar el efecto, al decir de los convocantes de una imposibilidad para hacer uso del dinero depositado para pagar las contingencias pactadas que se presentaran en el futuro, porque dichos valores quedaban bajo el control de los vendedores convocados, quienes podían retirarlos del Banco Colpatria sin necesidad de la autorización o el aval de mis representadas, de manera que esa garantía no configuraba ningún tipo de seguridad para las convocantes.

El Tribunal no comparte esta posición toda vez que, la cláusula Tercera misma como quedó modificada a través del Otro Si claramente dispone de unos plazos (6 y 18 meses desde el 1 de Mayo de 2015, respectivamente) para que los Dos Mil Millones de pesos, de haberse depositado, pudiesen ser dispuestos con la intervención de los compradores para la atención de las contingencias acordadas. Solamente, agotados dichos plazos podrían los vendedores retirar libremente los dineros, lo que en la práctica implica que era necesario, dentro de dichos plazos, definir de manera conjunta el pago de las contingencias que contractualmente habían quedado en cabeza de los vendedores y con cargo al depósito. El párrafo segundo de la cláusula modificada por el otro si, dispone para estos efectos que, *“Para generar cualquier pago de las sumas señaladas anteriormente no habiendo transcurrido los términos señalados, por obligaciones de LOS*

acuerdo. El monto fue de 9 millones de pesos mensuales, y eso fueron pagados a cabalidad durante todo el tiempo establecido.

DOCTOR ANTONIO: Ok. La cláusula tercera del otro si modificatorio, del contrato de enajenación de acciones, establece el depósito de dos mil millones de pesos como parte del precio de la venta, en unas cuentas renta Premium, en unas condiciones y unos montos que fueron pactados dentro de otro Sí y dentro del contrato esos en unas fechas específicas. Perdón. ¿Esas motos fueron depositadas en las condiciones en las fechas pactadas? JULIO CESAR MORELLI: No, por varias razones. Eh, uno en el contrato que se ingenió se estableció unas cláusulas de manejo de las cuentas de manera bilateral, y las cuentas se pusieron a disposición los vendedores, era de manejo unilateral y arbitrario en el sentido que esos depósitos, eran concebidos, para garantías futuras, después de la compra, en caso que se presentarán contingencias, y a lo largo de este proceso se han presentado contingencias, que podemos probar, que superan los dos mil millones de pesos. Es más, inclusive, estaba tan de acuerdo el vendedor que se le pagaron intereses sobre los recursos, por más de un año, como si estuviesen depositados. Porque no estaba la cuenta que nos dieron, no era con las especificaciones que se hizo, del otro sí, ni el contrato lo dice, valga la redundancia.

VENDEDORES que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del contrato enajenación de acciones de fecha 1 de noviembre de 2014, se necesitara un visto bueno tanto de LOS COMPRADORES, como LOS VENDEDORES, para que se efectúe el pago.

La cláusula como tal no entrega per se el control unilateral de los valores que se depositen a los vendedores. Lo que indica la cláusula, en punto al pago de las contingencias es que, se requerirá el concurso tanto de compradores como de vendedores para que se genere cualquier pago dentro los términos o plazos señalados y acorde al procedimiento de avisos, notificaciones, entregas y descuentos en ella pactados. Pasados dichos términos (6 y 18 meses) podrían libremente los vendedores hacer uso del dinero y/o su remanente (si es que se hubiese hecho algún pago que afectase su monto) .

La cláusula tercera modificada efectivamente contempla además de un plazo para que se pueda liberar el depósito realizado como garantía y parte del precio, una obligación condicional, que depende de un acontecimiento futuro, esto es, el visto bueno de los compradores y los vendedores para que se puedan pagar las contingencias. Pero dicha condición expresamente deja en claro que no depende de la voluntad de una de las partes, sino de la de ambas, de tal forma que lejos está de poderse considerar la misma como una condición meramente potestativa. El efecto de nulidad previsto en el artículo 1530 del CC⁸² deviene por tanto inaplicable, y en gracia de discusión, como prevé la citada norma, en caso de que esa condición de pago se considerase como un hecho voluntario de los vendedores en los términos pactados en el contrato, dicha condición valdrá. La hipótesis de que los compradores quedaban supeditados a que los vendedores quisieran o no pagar la contingencia, sin justificar su conducta, no puede ser aceptada como forma de excusar la realización del depósito convenido, ni menos de ella, derivar una justificación para retener el pago de parte del precio bajo la también hipótesis de entenderse modificada la cláusula por el reconocimiento y pago de intereses con cargo a esa suma.

Los compradores, según quedo acreditado en el proceso, convinieron con los vendedores la destinación de una parte del precio como garantía para el pago de las contingencias enunciadas, parte del precio que debía en todo caso depositarse en cuentas bancarias a nombre de los vendedores, limitaba su disponibilidad para el pago al visto bueno de ambas partes y dentro de unos precisos plazos. La determinación de las contingencias como su pago mismo, bien ha podido ser objeto de desavenencias entre las partes y para ello se contempló el mecanismo de solución para el conflicto que de ello surgiera, de tal forma que el que una de

⁸² ARTICULO 1535. Condición meramente potestativa. Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga. Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá.

las partes de las que se predica el visto bueno, lo niegue, a criterio de justificación o no en cabeza de la otra, no puede entenderse como una condición meramente potestativa, ya que ello implicaría que cualquier posición asumida por alguna de las partes que no coincida con el interés de la otra, debería entenderse como meramente potestativa.

De haberse depositado el valor al que se refiere la cláusula tercera modificada, entiende el tribunal que como garantía estaba destinada al pago de contingencias que llevasen el visto bueno de ambas partes, como el equilibrio contractual indica y no bajo el criterio de una sola de ellas. Las partes definieron sendos plazos para que dicho visto bueno se produjese. Se trata de una garantía que, al asumir la condición reconocida y aceptada por ambas partes de ser una contingencia objeto de pago, vendría a operar como una deducción incluso del precio pactado. Y la necesidad de que llevase el visto buena de ambas partes, excluye con inmediatez el que tan solo con la aquiescencia de una de las partes (los compradores) se pudiese disponer de los Col\$2,000,000,000 a título de retención.

Finalmente destaca el tribunal que, las contingencias acordadas por las partes afectas a la garantía de los Col\$2,000,000,000 se refieren únicamente a posibles demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad médica, responsabilidades contractuales y extracontractuales o reclamaciones de tipo económico, que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del presente contrato. Y para que ellas pudiesen ser objeto de pago, como ya se ha destacado, se requería la realización de depósito por parte de los compradores de esa parte del precio convenida como garantía. En ese sentido no observa el Tribunal como admisible la unilateral acción de los convocantes de retener la parte del precio convenida como garantía a depositar en cuentas bancarias, bajo el amparo de que dicha retención fue aceptada por las convocadas a cambio de la recepción del pago de intereses sobre el valor. Siendo dicha aceptación una alteración al sentido y alcance de la cláusula y por ende del contrato, ha debido quien la alega en su favor, esto es los convocantes, arrumar al proceso una prueba plena de dicha modificación, bien en la forma en que se convino originalmente el pacto, esto es por escrito, o bien acogiendo a cualquier otro medio de prueba que le permita al juez, en sana crítica tener la certeza de dicha modificación, dado el carácter consensual de la expresión de la voluntad de los comerciantes a la luz de lo dispuesto por el artículo 824 del C.Co.⁸³

No tiene, en sentir del tribunal la entereza de convicción la afirmación de los representantes legales de las convocantes respecto a la modificación contractual, esto es, la retención de la parte del precio destinada a ser

⁸³ Art. 824. *Formalidades para obligarse. Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad.*

depositada como garantía a cambio del pago de intereses, para acreditar la modificación argüida. Entre otras cosas por cuanto es absoluta la manifestación contraria de los convocados en el proceso y principalmente por cuanto que las pruebas documentales relacionadas con el pago de intereses, esto es, las facturas presentadas por el convocado, los comprobantes de egreso expedidos por las convocadas, la liquidación del “contrato de mutuo” por \$2,000,000,000 que soportan los comprobantes de egreso y el concepto pericial mismo aportado por la parte convocada, denotan precisamente lo contrario.

Sobre este punto, el tratadista ERNESTO RENGIFO GARCIA (2014), en su obra *Las facultades unilaterales de la contratación moderna* (Editorial LEGIS, pp. 43-44), expresa que *“la fuerza obligatoria del contrato se deriva de la regla prevista en el artículo 1134 del Code Civil francés en virtud de la cual el contrato es ley para las partes y entre nosotros del artículo 1602 del Código Civil según el cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, lo que significa que el programa contractual solo podrá ser modificado por la voluntad de las partes que lo crearon y no por la ley, ni por el juez, ni de manera unilateral por una sola de ellas.”*

En igual sentido, junto a las razones que puedan fundamentar la fuerza normativa del contrato, entre ellas la palabra dada, la seguridad jurídica, el acto de previsión que lleva inmerso el contrato, el autor citado encuentra que *“un contratante no podría unilateralmente modificar lo previsto porque esto rompería con la idea del equilibrio contractual. Si un contratante quisiese imponer una modificación del contrato esto implicaría para el otro que sus previsiones contractuales han sido descartadas.”*

Por las razones arriba expresadas se despacharan desfavorablemente las pretensiones 5.1, 5.3, 5.4 , 5.5 y 5.6 de la demanda reformada .

4.2.1.3. EL O LOS PERIODOS CONVENIDOS COMO FORMA DE ESTABLECER A CARGO DE CUAL DE LAS PARTES ESTA LA RESPONSABILIDAD POR SU PAGO.

Observa el Tribunal que de conformidad con las cláusulas tercera, literal b) numeral 1, del *Contrato de enajenación de acciones de la sociedad centro radio oncológico del caribe S.A.S y sus establecimientos de comercio*, de fecha noviembre 1 de 2014, las partes pactaron las siguientes obligaciones contractuales:

b) *“LOS COMPRADORES entregaran como saldo final la suma de; NUEVE MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS m/cte (\$9.5000.000.000.00), los cuales serán pagados por LOS COMPRADORES en el término de seis (6) meses posteriores a la firma del presente contrato. Este pago deberá ser realizado de la siguiente manera:*

- 1. DOS MILLONES DE PESOS (sic) m/cte. (2.000.000.000.00) destinados para constitución de un encargo fiduciario o fideicomiso, estos, serán depositados por LOS COMPRADORES antes de los 6 meses posteriores a la firma de este contrato, dicho pago, deberá permanecer de la siguiente manera. MIL MILLONES DE PESOS m/cte (\$1.000.000.000.00) por el termino de (1) año contado a partir de la*

fecha de su depósito y MIL MILLONES DE PESOS m/cte (\$1.000.000.000.oo) por el termino de dos años contados a partir de la firma del presente contrato. El fideicomiso se tendrá como garantía dentro del presente contrato ante posibles demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad médica, responsabilidades contractuales y extracontractuales o reclamaciones de tipo económico, que surjan por hechos que ocurrieren anteriores a la firma del presente contrato. Los dineros depositados en el encargo fiduciario serán entregados en su totalidad a los vendedores en los porcentajes que le corresponden a cada uno, de acuerdo a su participación accionaria, una vez venza el termino por el que se constituyo el fideicomiso (...)"

Esta obligación fue modificada mediante Otro sí suscrito en fecha mayo 4 de 2015, en el que se dispuso:

"CLÁUSULA TERCERA. FORMA DE PAGO, LITERAL B) EN SU NUMERAL 1: DOS MIL MILLONES DE PESOS MLCTE (\$2.000.000.000.oo) que LOS COMPRADORES depositaran en el Banco Colpatría de Cartagena en las oficinas ubicadas en Bocagrande; en una cuenta de ahorro Rentapremium Max No 4252002452 a nombre de los señores LILIA MARIA AMBRAD GHISAYS y JOSE ALBERTO GOMEZ SOTO para consignar QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$500.000,000), y otra cuenta de ahorro Rentapremium Notificación No 4252002450 a nombre de los señores LILIA MARIA AMBRAD GHYSAYS Y JOSE ALBERTO GOMEZ SOTO para consignar MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MLCTE (\$1,500,000,000). El termino para liberar y retirar de las cuentas estos dineros por parte de los VENDEDORES sin visto bueno de los compradores, será así: MIL MILLONES DE PESOS MCTE (\$1.000.000.000.oo) por el término de seis (6) meses contados a partir del 1 de mayo de 2015 y MIL MILLONES DE PESOS MLCTE (\$1,000,000,000,oo) restante por el término de dieciocho (18) meses, contados a partir del primero de mayo de 2015 como consta en el contrato de enajenación de acciones. Los valores antes mencionados se tendrán como garantía dentro del contrato de enajenación de acciones, ante posibles demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad médica, responsabilidades contractuales y extracontractuales o reclamaciones de tipo económico, que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del presente contrato.

Deberá realizarse notificación y entrega de copias con su respectivo radicado, de toda la documentación, a más tardar al siguiente día hábil de recibido a LOS VENDEDORES respecto a cualquier notificación judicial que se suscriba a partir del 1ª de Mayo de 2015, por hechos ocurridos antes del 31 de Octubre de 2014, hasta el vencimiento de los términos el contrato de enajenación de acciones, es decir 1ª de Noviembre de 2016; aclarando que la responsabilidad de cualquier proceso o reclamación jurídica que llegaran a presentarse antes del 1ª de Noviembre de 2016, es responsabilidad de los vendedores, se excluye cualquier diferencia correspondiente a conciliaciones de carteras de clientes y de pasivos suscritos a partir del 1ª de mayo del 2015.

La nueva administración no emitirá factura o conciliaciones de proveedores con posterioridad al 1ª de Mayo de 2015, por servicios prestados a 31 de Octubre de 2014.

PARAGRAFO PRIMERO: Para efectos de notificaciones a LOS VENDEDORES se realizarán a la siguiente dirección: correo electrónico jgomezshb@yahoo.com, lambradg@yahoo.com, Celulares: 3157316406, 3157316405, Y/O Castillogrande Carrera 11 ·6-13 apartamento 1201 Edificio Claro de Luna.

PARAGRAFO SEGUNDO: **Para generar cualquier pago de las sumas señaladas anteriormente no habiendo transcurrido los términos señalados, por obligaciones de LOS VENDEDORES que surjan por hechos anteriores a la firma del contrato de enajenación de acciones, de fecha 1ª de**

Noviembre de 2014 se necesitará un visto bueno tanto de LOS COMPRADORES como de LOS VENDEDORES para que se efectuó el correspondiente pago (...). (Subrayado y negrillas fuera del texto)

Encuentra el Tribunal, respecto de las obligaciones transcritas, y de las pruebas oportunamente allegadas y practicadas dentro del proceso lo siguiente:

Con relación al depósito de la suma de DOS MIL MILLONES DE PESOS MLCTE (\$2.000.000.000.00), destinados a constituir garantía ante posibles demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad médica, responsabilidades contractuales y extracontractuales o reclamaciones de tipo económico, que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del contrato; alega la parte convocante, en el hecho 4.13 de la Reforma de la Demanda, que dichos dineros fueron retenidos para garantizar dos tipos de eventualidades *“unas consistentes en sumas de dinero que se han pagado efectivamente; otras que necesariamente tendrán que pagarse en el futuro; algunas que se han dejado de recibir y que por tanto deben deducirse de ese valor y otras que configuran contingencias, que, como tales, pueden ocurrir o no, pero que pueden afectar los intereses de mis representados”*, la anterior aceptación realizada por el convocante a todas luces constituye un incumplimiento contractual por parte de los Convocantes tanto de las obligaciones que le asistían como de los procedimientos pactados por las partes, en la cláusula tercera ibídem.

Lo anterior a su vez se encontró probado, mediante declaración rendida por el perito Jesús Elías Blanquicett Torralvo en fecha 3 de mayo de 2018, cuando el apoderado de la parte convocado pregunta:

“PREGUNTADO (Apoderado parte convocante): La contingencia se valoró en la suma de dos mil millones de pesos, dineros que por cierto no fueron consignados en las cuentas como se acordó en el contrato. ¿Cuándo usted habla de que fueron hechos cumplidos y conocedor de este contrato, a sabiendas de que hay que cumplir con un procedimiento anterior, con respecto a la disposición de los ilusorios dos mil millones de pesos que nunca llegaron a la cuenta, usted al manifestar que se trata de hechos cumplidos, observó todo el procedimiento del contrato?”

RESPUESTA: Si claro y eso lo observamos y lo decimos en el contrato, decimos que los dos mil millones no fueron cancelados y que incluso se hizo un otrosí al contrato. No se cumplieron porque en primer lugar, los dos mil millones de pesos, había que abrirse una fiducia para ser consignados y no se hizo, y en otrosí como no hubo cumplimiento se pactaron”.

Así mismo en el interrogatorio que se practicó a los representantes legales de las entidades convocantes – Julio Cesar Borelli Julio y Juan Carlos Fernández Mercado, en fecha febrero 21 de 2018, estos manifestaron:

“PREGUNTADO (Apoderado parte convocada): Del otro sí modificatorio, del contrato de enajenación de acciones, establece el depósito de dos mil millones de pesos como parte del precio de venta en una cuenta Renta Premium del Banco Colpatría, en las condiciones y montos acordados dentro de ese contrato. La pregunta es, ¿Esos montos fueron depositados en las cuentas renta Premium tal como se planteó en el otro sí?”

RESPUESTA (Juan Carlos Fernández – Representante legal de Centro de investigaciones oncológicas del Caribe Clínica de la mujer S.A.S): El otrosí, hace parte del contrato había establecido una cosa, habíamos definido que íbamos a hacer una consignación de dos mil millones de pesos en una cuenta. Cuando se estableció el otrosí, se estableció que íbamos a consignar en un periodo de 6 meses después de esto y hasta 18 meses. Eso no se consignó, pero se realizó un acuerdo con los convocados, a través del cual nosotros estamos pagándoles intereses. Esos intereses se pagaron debidamente durante todo el periodo”.

Respecto del pago de intereses, a que hace referencia el representante legal de la entidad Centro de Investigaciones Oncológicas del Caribe Clínica de la Mujer S.A.S, se precisa que ello no implica en momento alguna que por ello el actor quedara relevado del cumplimiento de la obligación contenida en la cláusula tercera literal b), numeral 1, del Otrosí.

Por otra parte, con relación a las pretensiones del convocante, tendientes al reconocimiento de contingencias con cargo a la suma de \$2.000.000.000.00, y teniendo en cuenta lo pactado en el parágrafo segundo de la cláusula tercera literal b) numeral 1, del Otrosí, que se transcribe, no halla este Tribunal prueba alguna del cumplimiento por parte del convocante de los procedimientos allí pactados para la realización de tales deducciones, esto es, haber recibido previamente visto bueno tanto de LOS COMPRADORES como de LOS VENEDORES para que se efectuara la correspondiente deducción de la sumas garantizadas por la cláusula que se estudia.

Ahora, si bien se encuentra prueba en el expediente respecto de las contingencias atinentes a las entidades Salud Total y Famisanar, también se halla dentro de las pruebas aportadas con la contestación de la demanda que su pago no fue realizado previo visto bueno de los compradores en virtud de que dichas obligaciones en el momento en que se exigieron se encontraban prescritas. Incumpléndose con el requisito previamente descrito.

Debe recordarse que el contrato es ley para las partes y no les es dado a éstas modificar de manera unilateral la voluntad que ha sido plasmada de común acuerdo, como erróneamente pretendió la convocante.

Todo lo anterior denota que el incumplimiento endilgado por los convocantes a las convocadas no fue en realidad acreditado en el transcurso del proceso con lo cual, la pretensión 5.2 de la demanda reformada habrá de ser despachada de manera desfavorable. De contar que, el segundo elemento propio de la responsabilidad civil contractual, esto es el incumplimiento contractual devenga como ausente en cabeza de los vendedores, para la decisión que habrá de tomar el Tribunal.

Como corolario, y a contrario sensu, observa el Tribunal que las obligaciones descritas en la cláusula Cuarta del contrato primigenio en cabeza de los vendedores convocados, cláusula esta no modificada en el Otro Si

de mayo 4 de 2015, fueron, según se acreditó en el plenario, en realidad cumplidas. En efecto, es pacífico el debate en lo concerniente a la transmisión del 100% de las acciones de los vendedores a los compradores, la asunción del pasivo laboral existente hasta la firma del contrato. Respecto a los estados financieros, los vendedores hicieron entrega de los mismos a los compradores con corte a fecha 31 de octubre de 2014 habiendo quedado sujetos a verificación y conciliación de saldos, y habiéndose realizado el ejercicio de validación financiera sobre la base del valor del precio acordado para la venta, según se acreditó con el acta de Conciliación Financiera de fecha 30 de abril de 2015, acta esta requerida incluso como acción conjunta, para el perfeccionamiento del contrato. El corte de estados financieros y el plazo pactado de seis meses desde la firma del contrato, se cumplió según lo acordado y destaca el Tribunal que en efecto, dicha acta no limitó o impedía que se fueran descubriendo otras contingencias, ni menos aún que tuviesen la vocación de ser imputadas al monto de la garantía del saldo del precio pactado por la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.oo), siempre y cuando se cumpliera con el mecanismo para ello previsto en el otro sí modificatorio, esto es, el Depósito en las cuentas acordadas, el visto bueno de ambas partes en los periodos convenidos y demás aspectos ya destacados por el tribunal en su análisis. Finalmente, fue pacífica la discusión en torno al endoso y entrega de los títulos accionarios realizada por los vendedores.

El punto central de la litis estuvo orientado a resolver las diferencias entre las partes, originadas en las sumas de dinero que por concepto de contingencias amparadas debían imputarse y descontarse, previo el agotamiento de los pasos convenidos, del saldo del precio de la compraventa, por la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.oo) definido, no obstante parte del precio, como garantía. En ese contexto, la obligación a cargo de los compradores descritas en la cláusula quinta no fueron satisfechas a cabalidad, ya que no satisficieron puntualmente el precio acordado en el contrato, no hicieron el desembolso de los DOS MIL MILLONES a los que se refiere la cláusula tercera modificada, no liberaron las garantías entregadas por los vendedores en los contratos de leasing, ni dieron continuidad al pago de los Col\$-60.000.000 correspondientes a los intereses, con lo cual, quedó acreditado su incumplimiento. Este elemento de la responsabilidad contractual, se observa entonces acreditado en cabeza de los compradores.

El Daño, según la definición dada por el tratadista Juan Carlos Henao, es toda lesión a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o no, de individuales o colectivos, que se presentan como la lesión definitiva del derecho o como la alteración de su goce pacífico. Para este Tribunal, el daño sufrido por los vendedores con ocasión del incumplimiento de las obligaciones de los compradores, ostenta un claro nexo de causalidad con el incumplimiento de los compradores convocantes, tal y como quedó destacado en los acápites precedentes, con la entidad suficiente para fundamentar e imputar responsabilidad civil y condena en cabeza de los convocantes.

4.3. DEFINICION DE LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR LAS CONVOCANTES.

A manera de cierre, el Tribunal procede a enunciar las conclusiones a las cuales ha llegado respecto de cada una de las pretensiones, todo lo cual se verá reflejado en la parte resolutive de este Laudo:

Respecto de la pretensión primera, destinada a *“declarar que LAS CONVOCANTES han cumplido a cabalidad con las obligaciones derivadas del contrato de compraventa celebrado por escrito del 1 de noviembre de 2014, con LOS CONVOCADOS, denominado “Contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio”, el cual fue adicionado mediante documento suscrito el 4 de mayo de 2015 denominado “Otro si al contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio”, por las razones expuestas en los hechos de esta demanda”*, el Tribunal decidirá que de conformidad con la parte motiva, se demostró que LOS CONVOCANTES han incumplido las obligaciones derivadas del *“Contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio”*, y el *“Otro si al contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio”*, por lo cual se deniega esta pretensión.

Respecto de la pretensión segunda, mediante la cual se pretende *“declarar que LOS CONVOCADOS Lilia María Ambrad Ghisays y José Alberto Gómez Soto incumplieron el citado contrato por las razones expuestas en los hechos de esta demanda”*, el Tribunal, considerando lo expuesto en la parte motiva, decide denegar esta pretensión, teniendo en cuenta que no se demostró el incumplimiento del citado contrato por parte de los convocados en el transcurso del proceso.

Respecto de la pretensión tercera, mediante la cual se pretende *“declarar que LAS CONVOCANTES Centro de Investigaciones Oncológicas del Caribe Clínica de la Mujer S.A.S y Gestión Salud S.A.S. no están obligadas a pagar a LOS CONVOCADOS Lilia María Ambrad Ghisays y José Alberto Gómez Soto, la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00) por concepto de saldo del precio pactado en contrato de compraventa celebrado por escrito del 1 de noviembre de 2014, denominado “Contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio”, el cual fue adicionado mediante documento suscrito el 4 de mayo de 2015 denominado “Otro si al contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio”, por las razones expuestas en los hechos de esta demanda*, el Tribunal decidirá negar esta pretensión, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

Respecto de la pretensión cuarta, mediante la cual se pretende *“condenar a LOS CONVOCADOS Lilia María Ambrad Ghisays y José Alberto Gómez Soto, adicionalmente, a pagar a LAS CONVOCANTES Centro de Investigaciones Oncológicas del Caribe Clínica de la Mujer S.A.S y Gestión Salud S.A.S. la suma de dos mil trescientos noventa y siete millones cincuenta y nueve mil setecientos setenta y seis pesos*

(\$2.397.059.776.00), por concepto de reembolso de gastos efectuados y sumas dejadas de recibir, en virtud de la insuficiencia de la garantía de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00), constituida por LOS CONVOCADOS para el pago de contingencias ocurridas durante la administración de LOS CONVOCADOS, más los intereses moratorios que se causen sobre dicha suma desde que se hicieron exigibles hasta cuando se produzca el pago en su totalidad, conforme se explica en los hechos de esta reforma de demanda”, el Tribunal decidirá denegar esta pretensión, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo, máxime cuando no se puede ir más allá de la voluntad contractual de las partes, ni sustituir su autonomía privada dada al momento de la celebración del mismo.

Respecto de la pretensión quinta, mediante la cual se pretende “condenar a LOS CONVOCADOS Lilia María Ambrad Ghisays y José Alberto Gómez Soto, a constituir en favor de LOS CONVOCANTES Centro de Investigaciones Oncológicas del Caribe Clínica de la Mujer S.A.S y Gestión Salud S.A.S. una garantía por la suma de un mil millones de pesos (\$1.000.000.000.00) para amparar los gastos en que, eventualmente, deba incurrir la PARTE CONVOCANTE conforme a los hechos de esta demanda, debido a la insuficiencia de la garantía de los dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00)”, el Tribunal decidirá denegar esta pretensión, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

Respecto de la pretensión sexta, mediante la cual se pretende “declarar liquidado el contrato de compraventa de acciones y establecimientos de comercio a que se refieren los hechos de esta demanda, de al (sic) manera que el laudo que se profiera en este proceso cierre toda discusión futura entre las partes respecto de dicho contrato”, el Tribunal decidirá denegar esta pretensión, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

4.4. DEFINICION DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LOS CONVOCADOS.

Respecto de la excepción única denominada “**EXCEPCIÓN DE SUSTRACCIÓN AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES**”, por la cual se pretende la declaratoria de que los convocantes incurrieron en un “incumplimiento manifiesto de varias disposiciones contractuales de las que emanan obligaciones para los COMPRADORES, quienes se abstuvieron de aplicar lo estipulado en el contrato de enajenación de acciones y el otrosí modificador del mismo, sin razón legítima para hacerlo”, el Tribunal decidirá en cada uno de los incumplimientos alegados en forma desagregada por la parte demandada, lo siguiente:

En cuanto al “**INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE \$2.000.000.000**”, según el cual,

“Los COMPRADORES, se obligaron en virtud de la cláusula tercera, forma de pago, literal b) numeral 1 del Otrosí del contrato de enajenación de acciones, a lo siguiente: “CLAUSULA

TERCERA. FORMA DE PAGO, LITERAL B) EN SU NUMERAL 1º: DOS MIL MILLONES DE PESOS MLCTE (\$2.000.000.000,00) que LOS COMPRADORES depositaran en el Banco Colpatría de Cartagena en las oficinas ubicadas en Bocagrande; EN UNA CUENTA DE AHORRO Rentapremium Max N° 4252002452 a nombre de los señores LILIA MARIA AMBRAD GHISAYS y JOSE ALBERTO GOMEZ SOTO para consignar QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$500.000.000,00) y otra cuenta de ahorro Rentapremium Notificación N°. 4252002450 a nombre de los señores LILIA MARIA AMBRAD GHISAYS y JOSE ALBERTO GOMEZ SOTO para consignar MIL QUINIENTO MILLONES DE PESOS MCTE (\$1.500.000.000,00).

El término para liberar y retirar de las cuentas estos dineros por parte de los VENDEDORES sin visto bueno de los compradores será así: MIL MILLONES DE PESOS MCTE (\$1.000.000.000,00) por el término de Seis (6) meses contados a partir del 1º de Mayo de 2.015 y MIL MILLONES DE PESOS MLCTE (\$1.000.000.000,00) restante por el termino DE dieciocho (18) MESES, CONTADOS A PARTIR DEL 1º DE Mayo de 2.015 como consta en el Contrato de Enajenación de Acciones.

Los valores antes mencionados se tendrán como garantía dentro del contrato de enajenación de acciones, ante posibles demandas judiciales o reclamaciones por parte de empleados, acreedores, responsabilidad médica, responsabilidad, responsabilidad contractual y extra contractual, o reclamaciones de tipo económico, que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del presente contrato.”

Como se ha reiterado en los hechos de esta contestación, los CONVOCANTES no cumplieron ésta obligación, encontrándose en mora de cumplirla.

Al respecto, el Tribunal encuentra probada esta excepción, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este laudo, toda vez que quedó demostrado el incumplimiento de la obligación contractual de los CONVOCANTES de depositar la suma de DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.000) tal y como se acordó en la CLAUSULA TERCERA. FORMA DE PAGO, LITERAL B) EN SU NUMERAL 1º.

En cuanto al **“INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE \$60.000.000 MENSUALES”**

Los COMPRADORES, se obligaron en virtud del literal f) de la cláusula QUINTA, a lo siguiente:

“QUINTA. Obligaciones de los Compradores. Las partes acuerdan como obligaciones de LOS COMPRADORES, las siguientes:

(...)

f) Durante los seis (6) meses subsiguientes a la firma o hasta el pago de la última cuota del presente contrato, los COMPRADORES se obliga a pagar mensualmente a los VENDEDORES la suma de SESENTA MILLONES DE PESOS Mcte (\$60.000.000) correspondientes a los intereses, pagaderos el último día hábil del mes vencido”

Esta suma fue pagada únicamente hasta el mes de abril de 2015 por la parte CONVOCANTE, encontrándose en mora por los pagos restantes a la fecha, pues aún adeuda una cuota de \$2.000.000.000 a mis mandantes, razón por la cual se sigue causando esta suma que se encuentra insoluta.

Al respecto, el Tribunal encuentra probada esta excepción, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este laudo, toda vez que quedó demostrado que en efecto la parte CONVOCANTE realizó los pagos correspondientes al literal f) de la cláusula QUINTA del Contrato a la parte Convocada hasta el mes de abril de 2015, incurriendo en mora a partir de esa fecha, y por tanto, generando el incumplimiento de la obligación contractual en cabeza de los CONVOCANTES, por lo que a partir de dicha fecha se encuentran a cargo de los convocantes sobre estas sumas de dinero intereses de mora a la tasa máxima legal permitida por la ley.

En cuanto al **“INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE LIBERAR GARANTÍAS”**,

Los COMPRADORES, se obligaron en virtud del literal e) e la cláusula QUINTA, a lo siguiente:

“QUINTA. Obligaciones de los Compradores. Las partes acuerdan como obligaciones de LOS COMPRADORES, las siguientes:

(..)

e) Los COMPRADORES se comprometen a liberar las garantías entregadas por los VENDEDORES en los contratos de leasing u otras obligaciones financieras con las diferentes entidades, máximo a los 60 días calendario a partir de la firma del presente contrato”.

A la fecha de esta contestación, no se ha notificado a mis mandantes acerca de la liberación de la totalidad de las garantías prestadas por los mismos.

Al respecto, el Tribunal encuentra probada esta excepción, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este laudo, toda vez que quedó demostrado que hasta la fecha LOS CONVOCANTES no han liberado las garantías correspondientes al literal e) de la cláusula QUINTA del Contrato, generando así el incumplimiento de la obligación en cabeza de los Convocantes.

En cuanto al **4. INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN EL PARAGRAFO SEGUNDO DEL OTROSÍ:**

Los COMPRADORES, se obligaron a lo siguiente en virtud del PARAGRAFO SEGUNDO del otrosí al contrato de enajenación de acciones:

“PARAGRAFO SEGUNDO: Para generar cualquier pago de las sumas señaladas anteriormente no habiendo transcurrido los términos señalados, por obligaciones de LOS VENDEDORES que surjan por hechos que ocurrieron anteriores a la firma del contrato de enajenación de acciones de fecha 1 de noviembre de 2014, se necesitará un visto bueno tanto de LOS COMPRADORES, como de LOS VENDEDORES, para que se efectúe el correspondiente pago.”

Como se ha reiterado en la contestación de los hechos de la demanda arbitral, los VENDEDORES se abstuvieron sin razón legítima para ello, de realizar este procedimiento estipulado por la partes, ello aunado a que en la cláusula DÉCIMA PRIMERA del mismo, se estableció que todas las notificaciones, requerimientos, peticiones y otras comunicaciones que hubieran de efectuarse entre las partes, debían realizarse mediante correo certificado. Para el caso de marras no ocurrió ni lo uno no lo otro.”

Al respecto, el Tribunal encuentra probada esta excepción, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este laudo, toda vez que quedó demostrado que la parte Convocante no cumplió con el procedimiento establecido en la Cláusula TERCERA Parágrafo SEGUNDO modificado mediante el “Otro si al contrato de enajenación de acciones de la sociedad Centro Radio Oncológico del Caribe S.A.S. y sus establecimientos de comercio”.

4.5. EL JURAMENTO ESTIMATORIO.

Con base en el artículo 206 del Código General del Proceso (CGP), es procedente analizar si el juramento estimatorio es o no aplicable en su integridad al presente procedimiento arbitral, especialmente si consecuencia de la no demostración de los perjuicios, se hace necesario la imposición de la sanción pecuniaria a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

Frente al particular se hace necesario acudir en principio a los artículos 12 y 31 de la Ley 1563 del 2012 para establecer si al proceso arbitral les son aplicables los requisitos de la demanda consagrados en el CGP y si en materia probatoria, el tribunal tiene las mismas facultades previstas en el referido Estatuto Procesal, para efectos de exigir el juramento estimatorio al momento de la presentación de la demanda como medio de prueba necesaria para su admisión, sobre el particular, no hay discusión en torno a la aplicación del juramento estimatorio como medio de prueba en materia arbitral.

Ahora bien frente a las sanciones previstas en el artículo 206 del CGP, en atención a su naturaleza y finalidad, consideramos que se hace necesario citar el pronunciamiento del tribunal arbitral administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, en laudo proferido el 4 de abril del 2017 (Exp. 4025), en donde se señaló que la sanción prevista en el artículo 206 del CGP no aplica en arbitraje, señalando que la Ley 1563 del 2012 regula la forma en que las partes sufragan los costos y gastos del proceso arbitral, sin prever para el efecto la sanción dispuesta en el CGP a favor del CSJ, al estar este tribunal en total sintonía con dicha jurisprudencia arbitral y de la cual no se separa, dado que el referido tribunal adujo que la justicia arbitral es un mecanismo de jurisdicción alterno, financiado por las partes y, en consecuencia, no se genera un desgaste a la “jurisdicción del Estado”, siendo esta, según el laudo en comento, la fuente que da lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el citado artículo 206, de conformidad con la exposición de motivos de la ley que consagró como beneficiario de las multas al CSJ.

Es con base en esta interpretación que dicho sea de paso ha venido siendo acogida por la mayoría de los tribunales de arbitraje del país que este tribunal considera que no hay aplicación a sanción alguna a la parte convocante.

4.6. LA CONFESION FICTA O PRESUNTA DE LA SEÑORA LILIA AMBRAD

De análoga manera considera este tribunal por ser ello pertinente entrar a pronunciarse sobre el hecho de la existencia o no de valorar como confesión ficta o presunta la actitud de la parte LILIA MARIA AMBRAD GHISAYS al momento de absolver el interrogatorio de parte a que fue sometida como prueba dentro del presente trámite, para lo cual se hace necesario tener presente lo siguiente, así,

En primera instancia se debe plantear si le corresponde al tribunal declarar probadas las pretensiones de la demanda con base en la valoración de la confesión como único medio de prueba o, si aún dándose esta circunstancia se debe valorar en conjunto con las demás pruebas arrimadas al proceso o solo con base en ésta.

En este sentido se debe traer a colación el artículo 191 del Código General del Proceso, en el sentido de que esta debe recaer forzosamente sobre hechos y no sobre aplicaciones legales o principios de derecho.

Sobre este aspecto, la Corte se ha venido pronunciando en forma reiterativa, así:

“La prueba (de confesión) siempre concierne al hecho que es la materia del debate, no a su calificación jurídica o a las actuaciones de la ley que el hecho pueda determinar. Es al juez a quien corresponde esclarecer cuáles son las normas positivas que entran en actividad ante la prueba de cada hecho, lo que no es sino aplicación del principio según el cual la gestión de las partes termina con la demostración de los hechos, pues con ella comienza la función jurisdiccional de enfrentarlos con los preceptos en orden a decidir las situaciones jurídicas concretas”».

En relación con lo que atañe a este proceso lo que interesa es revisar lo reglado en el inciso segundo del artículo 205 del Código General del Proceso:

“La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes (...)”.

Lo anterior se debe necesariamente interpretar teniendo en consideración que en el desarrollo del interrogatorio de parte no hubo solicitud expresa de parte del convocante ni de oficio así lo hizo el tribunal de valorar las preguntas formuladas como asertivas o no y, si estas siendo asertivas tenían el efecto de generar la confesión de un hecho de la demanda, por lo que desde el principio está claro que el no haberlo hecho en su momento y sin haberlo pedido el interesado, se hace imposible realizarlo en este estadio procesal, dado que se vulneraría con ello el derecho del convocado de controvertir la decisión sobre la existencia o no de un hecho generador de una confesión vulnerándose así el debido proceso de contra quien recaería la sanción al no haberse cumplido con las formalidades legales sobre el particular ante la ausencia de solicitud del interesado y al no haberlo así considerado en su momento este tribunal como de ello existe constancia en el expediente.

Ahora bien en gracia de discusión tenemos que como bien lo ha afirmado la Corte, *que por virtud del principio de comunidad de las pruebas, una vez practicadas, pertenecen al proceso y no a quien las solicitó; por ende, si le sirven a todas las partes que en él intervienen, aparece como lógico y natural señalar que su apreciación no se pueda cumplir de manera aislada, sino realizarse a partir de la comparación recíproca de los distintos medios,*

Y continua conceptuando que *«en Colombia, según el principio de valoración racional de la prueba, implantado por mandato del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, hoy 176 del Estatuto Procesal vigente, es deber del juez, y no mera facultad suya, evaluar en conjunto los elementos de convicción para obtener, de todos ellos, un resultado homogéneo o único, sobre el cual habrá de fundar su decisión final.*

Para la Corte, ello no es constitucional ni legalmente admisible. Es obligación, es deber de los sentenciadores, según se explicó, analizar y valorar todos los elementos fácticos incorporados en los autos para, con fundamento en ellos, obtener el respectivo grado de convicción o de certeza sobre el cual se fundará la decisión final».

De otra parte el artículo 192 íbidem que hace relación a la confesión de litisconsorte establece que esta debe provenir de todos, so pena de ser valorado solo como un testimonio de terceros, **la confesión que no provenga de todos los litisconsortes necesarios tendrá el valor de testimonio de tercero.**

Si revisamos el presente asunto tenemos que concluir que aún si este tribunal hubiera calificado las preguntas como asertivas y generadoras de confesión, que se insiste no fue así, esa conducta solo generaría el efecto de una prueba de confesión que al ser valorada en su conjunto no daría lugar a despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, toda vez, que todas las demás pruebas conllevan a que solo se demuestre un solo hecho como lo es el incumplimiento contractual.

4.7. IDONEIDAD DEL DICTAMEN PERICIAL

Siguiendo con el derrotero probatorio que viene planteado, es dable entrar a pronunciarse sobre la idoneidad o no de la prueba pericial aportada al proceso y que fuera realizada en forma institucional por la Universidad de Cartagena.

Al respecto es menester tener en cuenta que dicha prueba pericial fue aportada por el apoderado de los Convocantes con la demanda y al respecto el apoderado de los convocados no instauró contra ella recurso alguno por lo que este Tribunal al considerar que la etapa procesal precluyó la considera validamente incorporada al proceso.

Amén de lo anterior, por tratarse de una prueba institucional en la cual los peritos actúan en nombre de la Universidad de Cartagena, considera el Tribunal que no existe impedimento e inhabilidad para rendir el experticia.

5. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO.

Establecidas las anteriores consideraciones, el Tribunal procede a establecer la condena en costas a la parte Convocante de acuerdo con los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso, en cuanto precisan que habrá lugar a Costas cuando aparezca en el expediente que se causaron y en la medida de su comprobación y que *“están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”*.

De conformidad con lo dispuesto en el AUTO N°011 (ACTA N°08) de noviembre 20 de 2017, se fijaron los honorarios y gastos para funcionamiento del Tribunal de Arbitramento en la suma de TRESCIENTOS VEINTITRÉS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (**\$323.823.587**), de conformidad con las operaciones matemáticas realizadas en la parte considerativa de dicha providencia y que se detallan en el siguiente cuadro resumen, en el cual se establecen los valores a pagar sin cargas impositivas por concepto de IVA y CONTRIBUCIÓN ARBITRAL, tributos que debían adicionarse al momento del pago:

| CONCEPTO | HONORARIOS |
|-------------------------------------|----------------------|
| HONORARIOS ARBITRO 1 (100%) | \$80.955.897 |
| HONORARIOS ARBITRO 2 (100%) | \$80.955.897 |
| HONORARIOS ARBITRO 3 (100%) | \$80.955.897 |
| HONORARIO SECRETARIO (50%) | \$40.477.948 |
| GASTOS CENTRO DE CONCILIACION (50%) | \$40.477.948 |
| TOTAL | \$323.823.587 |

Se verificó que lo pagado por la parte convocante mediante cheques de gerencia N° 0008609 y N° 0008690, los días 4 y 11 de diciembre de 2017, respectivamente girados a nombre del presidente del Tribunal, Juan

Guillermo Hincapié Molina, corresponde a los valores de la liquidación total de honorarios y gastos más cargas impositivas de ambas partes, así:

| | |
|---|-----------------------|
| TOTAL honorarios y gastos más cargas impositivas: | \$385.350.060 |
| 50% correspondiente a cada parte: | \$ 192.675.030 |

En tal sentido, concluye el Tribunal que en cuanto a las agencias en derecho, entendidas como los gastos derivados de la defensa judicial de quien resulta ganador en un determinado litigio, dadas las particularidades de este proceso, la absoluta falta de temeridad de las partes, por ser de única instancia y haber prosperado las pretensiones de la parte convocada, se fijarán conforme los lineamientos del Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura N°PSAA-10554 de fecha 5 de agosto del 2016 en relación con la tarifa de los procesos declarativos de única instancia, en una suma equivalente al 7% del valor de las pretensiones, la cual en este proceso, según lo precisado en AUTO N°010 (ACTA N°08), asciende a la suma de CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$5.397.059.776), correspondiendo entonces las agencias en derecho a la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y CUATRO CON TREINTA Y DOS CENTAVOS (\$377,794.184,32).

III. CAPITULO TERCERO - DECISIÓN.

Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir las controversias entre las sociedades CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS DEL CARIBE CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S., y GESTIÓN SALUD S.A.S., como parte convocante; y los señores LILIA MARIA AMBRAD GHISAYS y JOSE ALBERTO GOMEZ SOTO, como parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. DECLARAR probadas las excepciones propuestas por las Convocadas en contra de la demanda principal, denominadas **EXCEPCIÓN DE SUSTRACCIÓN AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE \$2.000.000.000”, INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE PAGO DE COL\$60,000,000**

**MENSUALES, “INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE LIBERAR GARANTÍAS”,
INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN EL PARAGRAFO SEGUNDO DEL OTROSÍ.**

En consecuencia, CONDÉNESE a la parte convocante a:

- 1.1. DEPOSITAR dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del presente laudo y sin ningún tipo de restricción de disponibilidad a favor de la parte convocada en la forma y términos pactados, la suma de DOS MIL MILLONES DE PESOS M/LEGAL COL. (\$2.000.000.000,00).
- 1.2. Sobre la suma anteriormente indicada se deben pagar intereses a la tasa convenida del 0,465% los cuales se entienden causados desde el día 1° de enero de 2017, fecha en la cual las convocantes dejaron de pagar los intereses sobre esta suma de dinero y hasta el día en que efectivamente se produzca su pago.
- 1.3. PAGAR la suma de Sesenta Millones de Pesos M/legal col. (\$60.000.000,00) mensuales causados desde el mes de mayo del año 2015 y hasta que se produzca su pago efectivo.
- 1.4. LIBERAR a los convocados las garantías entregadas por los vendedores en los contratos de leasing u otras obligaciones financieras con las diferentes entidades.
2. DENEGAR la integralidad de las pretensiones de la demanda reformada, formuladas por la parte convocante en contra de la parte convocada.
3. DECLARAR que no hay lugar a imponer las sanciones previstas en el artículo 206 del CGP.
4. CONDENAR EN COSTAS, a título de agencias en derecho, a la parte vencida esto a la parte convocante, en la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y CUATRO CON TREINTA Y DOS CENTAVOS (\$377,794.184,32). de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso.
5. DECLARAR causado el saldo final de los honorarios de los Árbitros y de la secretaria del Tribunal y ordenar su pago. El presidente efectuará, en la oportunidad de ley, la liquidación final de gastos y de la

misma rendirá cuenta razonada a las partes, efectuando la restitución de los saldos en el evento de que a ello hubiere lugar, conforme al artículo 28 de la Ley 1563 de 2012.

6. DISPONER que el Presidente del Tribunal rinda cuenta a las partes de las sumas que estuvieron bajo su cuidado y haga los reembolsos que corresponda de la partida de otros gastos que no sea utilizada.
7. ORDENAR que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, y para el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena.
8. DISPONER que en firme esta providencia, se archive el expediente en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

JUAN GUILLERMO HINCAPIE MOLINA

Presidente

MARGARITA EUGENIA VÉLEZ VÁSQUEZ

Arbitro

JOSÉ GABRIEL PEREIRA LLAMAS

Arbitro

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACION DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA

Esta hoja corresponde a la hoja de firmas del LAUDO ARBITRAL proferido dentro del Tribunal de Arbitramento de CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS DEL CARIBE CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S., y GESTIÓN SALUD S.A.S., con LILIA MARÍA AMBRAD GHISAYS y JOSÉ ALBERTO GÓMEZ SOTO.

TABLA DE CONTENIDO.

ADICIÓN Y ACLARACIÓN DEL LAUDO.

| | |
|----------------------|---|
| Fecha y hora: | Cartagena de Indias, D.T y C., 10 de agosto de 2018, 11:00 a.m. |
| Convocante: | CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS DEL CARIBE CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S Y GESTIÓN SALUD S.A.S. |
| Convocada: | LILIA MARÍA AMBRAD GHISAYS Y JOSÉ ALBERTO GÓMEZ SOTO |
| Árbitros: | JUAN GUILLERMO HINCAPIE MOLINA, Presidente. MARGARITA EUGENIA VELEZ VASQUEZ, Árbitro. JOSE GABRIEL PEREIRA LLAMAS, Árbitro. |
| Secretaria: | Maria Patricia Porras Mendoza. |
| Asunto: | Adición y aclaración del laudo. |

Habiéndose proferido el día 26 de julio de 2018, el LAUDO ARBITRAL que resuelve las diferencias que han sido sometidas a estudio del Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre las sociedades **CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS DEL CARIBE CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S Y GESTIÓN SALUD S.A.S.**, como parte convocante, y los señores **LILIA MARÍA AMBRAD GHISAYS Y JOSÉ ALBERTO GÓMEZ SOTO**, como parte convocada, procede el Tribunal a decidir en Audiencia sobre la solicitudes de aclaración y adición del Laudo Arbitral presentadas por el apoderado de la parte convocante, todo lo cual se realiza previas las siguientes consideraciones:

1. ANTECEDENTES:

- 1.1. El día 2 de agosto de 2018, dentro del término establecido por el artículo 39 de la Ley 1563 de 2012, el apoderado de la parte convocante, presentó solicitud de aclaración y adición del Laudo Arbitral proferido el 26 de julio de 2018.*
- 1.2. Mediante AUTO No. 36 (Acta N°21) dictado en Audiencia Privada celebrada el 8 de agosto del 2018, el Tribunal señaló el día 10 de agosto de 2018, para la celebración de audiencia de aclaración y/o adición del Laudo Arbitral. La notificación a las partes se llevó a cabo mediante mensaje electrónico remitido a los buzones electrónicos de las partes, en igual fecha.*

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. Fundamentos jurídicos.

La Doctrina y Jurisprudencia se han pronunciado de manera profusa acerca de la adición, aclaración y corrección de las providencias judiciales. El Consejo de Estado en providencia de fecha 13 de diciembre de dos mil dieciséis 2016⁸⁴, dispuso:

“1.- Excepcionalidad para aclarar, corregir y adicionar una sentencia.

1.1.- De conformidad con el artículo 286 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa de la Ley 1437 de 2011, la corrección de providencias judiciales procede en “cualquier tiempo” de oficio o a petición de parte, frente a “errores de tipo aritmético” en que haya incurrido el respectivo funcionario judicial, o también cuando en la providencia se incurra en yerro por “omisión o cambio de palabras o alteración de éstas” y siempre y cuando las mismas estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.

1.2.- Ahora bien, debe indicarse que bajo ninguna circunstancia la corrección de sentencias, puede dar lugar a reabrir el debate jurídico de fondo que tuvo lugar en la sentencia.

1.3.- El mecanismo procesal de la corrección de providencias judiciales procede frente todo tipo de providencias judiciales, es decir tanto respecto de autos como de sentencias, su decisión debe estar contenida en un auto susceptible de los mismos recursos que procederían contra la providencia corregida, y este deberá ser notificado por aviso en caso de que el proceso haya terminado.

1.4.- De acuerdo con el principio de seguridad jurídica, la sentencia es inmodificable por el mismo juez que dictó, quien una vez profiere la decisión judicial pierde la competencia respecto del asunto por él resuelto, careciendo de la facultad de revocarla, reformarla, quedando revestido sólo, de manera excepcional, de la facultad de aclararla, corregirla y adicionarla en los precisos términos de lo consagrado en los artículos 285, 286 y 287 del CGP.

1.5.- De otro lado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 287 del Código General del Proceso, aplicable al presente asunto por remisión expresa de la Ley 1437 de 2011, procede la adición de providencias judiciales dentro del término de su ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, frente a autos y sentencias en las cuales se haya omitido la resolución de cualquiera de los extremos de la Litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la Ley debía ser objeto de pronunciamiento, omisión que debe ser suplida por el respectivo juez mediante sentencia o auto complementario.

1.6.- Finalmente, la aclaración de providencias, cuyo fundamento se ubica en el artículo 285 del Código General del Proceso, se erige en un instrumento dado por el ordenamiento jurídico a las partes del proceso, e inclusive al propio juez, para lograr una mayor comprensión intersubjetiva de la decisión judicial en los eventos en que la misma se plasmen “conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda”, ello, amparado bajo el condicionamiento dispuesto en la misma norma y que consiste en que tales pasajes que se acusen de oscuros por los intervinientes en el proceso, deben constituirse en relevantes o esenciales para la determinación y alcance de los mandatos

⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN “C”
Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, trece (13) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 11001-03-26-000-2016-00063-00 (56845).

dispuestos en la parte resolutive de la providencia; pues la regla jurídica en cita permite el uso de la aclaración de las providencias judiciales cuando tales frases o conceptos “estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella.”

2.2. La solicitud de adición.

El Tribunal estudiara primeramente la solicitud de adición, para luego abordar el análisis de las solicitudes de aclaración.

Formula el apoderado de los convocantes, la siguiente solicitud de adición:

*“Según el artículo 287 del Código General del Proceso, la adición es procedente en este caso, cuando, el laudo arbitral omita a resolver sobre cualquiera de los extremos de la Litis **o sobre cualquier otro punto que, de conformidad con la ley, debía ser objeto de pronunciamiento.** (Las negrillas no corresponden al texto).*

Atendiendo dicha directriz legal, me permito solicitar a ustedes se sirvan adicionar el laudo arbitral dictado, en los términos que siguen, con base en los supuestos que me permito expresar.

El artículo 280 del Código General del Proceso, aplicable al proceso arbitral, señala como uno de los requisitos obligatorios de la sentencia, en este caso del laudo arbitral, que “...El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella”.

Si bien es cierto ustedes, señores Árbitros, abordaron el tema en el punto tercero del laudo, se limitaron a decir que “el Tribunal precisa respecto de la conducta de las partes, que cumplieron oportunamente con sus cargas procesales, observando los deberes y responsabilidades generales descritos en el artículo 78 del Código General del Proceso, y colaboración para la práctica de las notificaciones, pruebas y diligencias decretadas”.

Sin embargo, no se observa en el laudo un pronunciamiento expreso sobre todos y cada uno de los aspectos que en el alegato de conclusión tuvimos la oportunidad de plantear a ustedes en el punto 4.2 de dicho alegato, que por razones obvias, no reproduciré en este memorial, por estar contenido en dicho alegato, que hace parte del expediente.

Por ello ustedes deben adicionar el laudo arbitral pronunciándose sobre tales aspectos.” (Subrayado no corresponde al texto original)

Como se expuso previamente, el artículo 287 del Código General del Proceso da viabilidad a la adición de las providencias judiciales cuando se haya omitido la resolución de cualquiera de los extremos de la Litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la Ley debía ser objeto de pronunciamiento.

Ahora bien, encuentra el Tribunal que, la réplica que hace el apoderado de la parte convocante del Laudo Arbitral, y en la cual fundamenta su solicitud de adición, se basa en que no se observa un pronunciamiento expreso sobre todos y cada uno de los aspectos que fueron planteados en el punto 4.2 de los alegatos de conclusión presentados por esta parte el día 7 de junio de 2018, puntos que tienen relación con la conducta procesal de las partes, cuya calificación debe ser realizada por el juez acorde al mandato establecido en el artículo 280 del Código General del Proceso.

Como bien se indica en la solicitud, al momento de proferir el Laudo Arbitral este Tribunal sí hizo expresa referencia a la conducta procesal de las partes⁸⁵, circunstancia que por sí sola es suficiente para despachar desfavorablemente la petición de adición bajo estudio.

El Tribunal, al referirse a la conducta procesal de las partes, no hizo referencia a los alegatos de conclusión de éstas puesto que tal obligación no se encuentra consagrada en la ley.

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en los artículos 278 y 280 del Código General del Proceso, la ley determina claramente en que consiste la sentencia y regla su contenido. En efecto, el artículo 278 *ibidem* define que es una sentencia en los siguientes términos: **“las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que deciden el incidente de liquidación de perjuicios y las que resuelven los recursos de casación y revisión”**. (Negrillas no corresponden al texto original).

En tal sentido es claro que el juzgador al momento de decidir de fondo, debe y tiene, que pronunciarse no solo frente a las pretensiones, sino obviamente sobre las excepciones, máxime cuando éstas resultan prosperas y terminan minando el derecho de acción del demandante, como ocurrió en el presente caso.

La normatividad vigente obliga a este Tribunal necesariamente a pronunciarse sobre las excepciones propuestas por el convocado, sin pasar por alto, dentro del contenido del laudo, lo reglado en el artículo 42 del Código General del Proceso que impone el deber de motivar la sentencia, ello en concordancia con el artículo 280 *ibidem* que a su vez establece la libertad interpretativa que la misma ley le confiere al juzgador.

Es con base en lo anterior, que este tribunal procedió a interpretar las normas de derecho que motivaron el sustento legal del laudo, así como también la valoración de cada una de las pruebas recaudadas en el curso del trámite arbitral; y es así como se decanta el cumplimiento de lo que viene esbozado, con una estructura de laudo cuyo contenido se sintetiza de la siguiente manera: una síntesis de la demanda y su contestación, tal y como consta en las páginas 19 a 29 (folios 2138 a 2148); consideraciones sobre los hechos y su prueba, páginas 30 a 34 (folios 2149 a 2153); los fundamentos legales y jurídicos en los que se basó la decisión final, páginas 43 a 79 (folios 2162 a 2197); y, de la parte resolutive se desprende la decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y las excepciones al haber prosperado éstas, las costas y condenas, páginas 81 a 85 (folios 2199 a 2203) y páginas 91 a 93 (folios 2209 a 2211).

Si bien este Tribunal considera, con base en lo que viene indicado, que no hay lugar a la adición, debe precisarse además que en el laudo se hizo un análisis de la conducta procesal de las partes amplio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 280 del Código General del Proceso. En virtud de ello, también se valoraron aspectos que podrían generar indicios dentro del proceso, tal y como se observa en la valoración que se realiza del interrogatorio de parte de la convocada, Lilia Maria Ambrad Ghisays, que consta en las páginas 86 a 89 del Laudo Arbitral (folios 2204 a 2207).

No observa por tanto el Tribunal que la NO referencia expresa a los alegatos de conclusión de la parte convocante al momento de evaluar la conducta de las partes, implique que se haya omitido referirse a uno de los extremos de la Litis, ni menos aún que el contenido de dichos alegatos configuren un punto que de conformidad con la ley, debe ser objeto de pronunciamiento. De tal forma que, al no darse los presupuestos que establece la ley para la procedencia de la adición, se habrá de despachar de manera desfavorable dicha solicitud.

⁸⁵ Página 42 del Laudo Arbitral, Folio 2161.

A riesgo de parecer reiterativo, si lo que se le censura al Tribunal para efectos de que adicione el laudo, es que no se haya referido a la conducta procesal de las partes, ello deja de ser veraz, no solo por la referencia expresa que sobre la misma se hizo, sino porque a lo largo del proceso, el detalle valorativo sobre la conducta de las partes es más que evidente en el análisis de cada una de las pruebas aportadas al proceso. Todo lo anterior sin perjuicio de que, durante el curso del proceso y agotada cada etapa procesal, el Tribunal procedió a realizar el correspondiente control de legalidad, en donde a consecuencia de ello, se hizo el saneamiento del proceso, sin que ninguna de las partes se manifestara en contra.

2.3. Las solicitudes de aclaración.

Para que sea procedente la aclaración de una sentencia, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“a. La solicitud de aclaración de la sentencia es presentada dentro del término de su ejecutoria por una parte con interés en la decisión.

b. Tiene fundamento en frases o conceptos que sugieren duda, son ambiguos o confusos para su interpretación.

c. Tales frases o conceptos deben estar contenidos en la parte resolutive de la sentencia, o en su cuerpo, siempre y cuando influya directamente en ella.”⁸⁶.

Ahora bien, procede el Tribunal a resolver las solicitudes de aclaración formuladas por el apoderado de la parte convocante, de conformidad con el orden propuesto por éste en su solicitud de aclaración.

2.3.1. Primera solicitud de aclaración (Numeral 2.1.):

La primera solicitud de aclaración consistente en *“la relación o conexión existente entre el ítem 4.1 del laudo denominado “Principios y deberes contractuales” y sus derivados 4.1.1 al 4.1.6 y la parte resolutive del laudo que declaró probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada”*, se resolverá de manera negativa en virtud de que lo que denota el apoderado de las convocantes es que, en su sentir, la parte motiva debe estar en concordancia con la parte resolutive y no se observa dicha concordancia.

La falta de concordancia que se aduce, no configura razón alguna *per se* reconocida por la ley como generadora de aclaración en una providencia judicial. Deben encontrarse siempre, para la procedencia de la aclaración de la sentencia, frases o conceptos que sugieren duda, sean ambiguos o confusos para su interpretación y deben estar contenidos en la parte resolutive de la sentencia, o en su cuerpo, siempre y cuando influya directamente en ella.

No precisa el solicitante las frases o conceptos que generan duda, ambigüedad o confusión ni tampoco los ubica en el la parte resolutive del Laudo Arbitral, ni menos aún, en el cuerpo de éste, no identificando o precisando, en todo caso, la influencia directa de las frases o conceptos del cuerpo que hayan influido de manera directa en la parte resolutive del laudo.

En efecto, *“para que pueda aclararse una sentencia es menester que en la parte resolutive de ella se encuentren conceptos que se presten a interpretaciones diversas o que generen incertidumbre, o que estén en la parte motiva pero tengan directa relación con lo establecido en la resolutive. Pone de presente lo anterior que, ante todo, debe mirarse si la duda o confusión surgen de la parte resolutive , pues si esta es*

⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 335 de primero (1) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

nítida, clara, así en la motiva puedan darse esas fallas, la aclaración no es pertinente porque únicamente procede entrar a realizar precisiones acerca de la parte motiva cuando la resolutive se refiere a ella y de la remisión surge duda, como acontecería, por ejemplo, si en aquella se dice que se condena a pagar los intereses desde la presentación de la demanda y en la resolutive se menciona que estos se pagan, tal como se dijo en la parte motiva, desde la ejecutoria del fallo.”⁸⁷.

En gracia de discusión, si bien como viene dicho, no encuentra el Tribunal precedente la primera petición de aclaración, se decanta de una somera lectura de la parte motiva específicamente de los puntos 4.1.1 al 4.1.6 del Laudo Arbitral en los que se contemplaron los principios y deberes contractuales, que estos tienen no solo una estrecha relación con la parte resolutive sino que son el soporte ontológico, normativo, procesal y probatorio para decidir sobre la prosperidad de las excepciones propuestas.

En efecto, al desarrollar el principio de la buena fe, el Tribunal dejó clara su relevancia de cara a la determinación del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Dicho principio se resaltó, como en perfecta consonancia con el deber de información, lo cual fue fundamental para despachar favorablemente la *EXCEPCIÓN DE SUSTRACCIÓN AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES*, la de *INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE \$2.000.000.000*, y la de *INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE PAGO DE COL\$60,000,000 MENSUALES*.

Por su parte, los principios de debida diligencia profesional y los deberes de informarse y ser informado, fueron desarrollados de manera particular en el análisis del comportamiento de las partes, lo cual sirvió como base para la prosperidad de la *EXCEPCIÓN DE SUSTRACCIÓN AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES*, *INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE \$2.000.000.000*, *INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE PAGO DE COL\$60,000,000 MENSUALES*, *INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE LIBERAR GARANTÍAS*, *INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN EL PARAGRAFO SEGUNDO DEL OTROSÍ*.

Razones por demás suficientes para considerar que no existen dudas, ni pasajes oscuros que motiven a este Tribunal para aclarar el Laudo, por la razón y forma argumentadas.

En punto a la duda y contradicción en el Laudo, elementos sobre los que se basa la procedencia de la aclaración, tenemos que *“la duda se presenta cuando la redacción de una decisión se hace de una forma incomprensible, por no presentar un esquema lógico que exprese una idea concreta. La duda lleva a que el destinatario del Laudo no pueda entender cual fue la decisión adoptada, dada su insuficiente redacción causada porque la construcción de la frase no sigue un esquema gramatical lógico, o porque emplea palabras inentendibles en el contexto del laudo. También puede presentarse cuando no se definen la acciones ordenadas en el Laudo o no se establecen sus circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución de una forma que las haga ejecutables”⁸⁸*; la contradicción, por su parte se presenta *“cuando en la parte resolutive del laudo existen dos o más decisiones o declaraciones opuestas entre sí que no se pueden ejecutar de forma simultanea por ser contrarias”⁸⁹*

⁸⁷ Código General del Proceso, parte General, Hernán Fabio López Blanco, página 698 y 699, DUPRE EDITORES, 2017.

⁸⁸ Hernando Herrera Mercado – Fabricio Mantilla Espinosa – 2017- La Práctica del Litigio Arbitral – Tomo II. Vol. II – Bogotá D.C. – Colombia – Grupo Editorial Ibáñez (Pág. 370).

⁸⁹ *Ibidem*

Elementos estos que a simple vista, no se presentan ni en la parte motiva ni en la resolutive del laudo, toda vez que las decisiones adoptadas por el tribunal se observan como comprensibles, basadas en un esquema lógico y congruente, y con el uso de frases y palabras entendibles.

2.3.2. Segunda solicitud de aclaración (Numerales 2.2., 2.2.1, 2.2.2):

En cuanto a las solicitudes de aclaración contenidas en los numerales 2.2., 2.2.1., 2.2.2., observa el tribunal, después de revisar en detalle los acápites señalados en las páginas 74 y 75 del laudo, que lo que en realidad se presenta es un error mecanográfico el cual, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 286 del Código General del Proceso, es susceptible de ser corregido más que de ser aclarado. En efecto, quedó transcrito que:

“No tiene, en sentir del tribunal la entereza de convicción la afirmación de los representantes legales de los convocantes respecto de la modificación contractual, esto es, la retención de la parte del precio destinada a ser depositada como garantía a cambio del pago de intereses, para acreditar la modificación argüida. Entre otras cosas por cuanto es absoluta la manifestación contraria de los convocados en el proceso y principalmente por cuanto que las pruebas documentales relacionadas con el pago de intereses, esto es, las facturas presentadas por el convocado, los comprobantes de egreso expedidos por las convocadas, la liquidación del “contrato de mutuo” por \$2.000.000.000.00 que soportan los comprobantes de egreso y el concepto pericial mismo aportado por la parte convocada, denotan precisamente lo contrario.” (Subrayado por fuera del texto original).

Las palabras subrayadas se transcribieron de manera errónea ya que en vez de referirse a las convocadas ha debido transcribirse la palabra “Convocantes” y en punto al concepto pericial, ha debido referirse al aportado por la parte “Convocante”. En ese sentido procederá el Tribunal con la corrección respectiva de este acápite de la parte motiva, sin que ello altere el sentido y alcance de la decisión proferida.

Entiende el Tribunal que, dado que la solicitud de aclaración se refiere a: *“qué comprobantes de egreso expedidos por la parte convocada se refieren concretamente en el laudo, o si se trata de comprobantes de ingreso expedidos por los convocados, señalando la parte del expediente en que se encuentra esa prueba”,* y a *“qué concepto pericial aportado por la parte convocada se refieren ustedes en tales afirmaciones, indicando la parte del expediente en que se encuentra dicha prueba.”*

Al quedar corregidas las palabras convocadas por convocantes, resulta claro que los comprobantes de egreso a los que se refiere el Tribunal en los mencionados acápites del laudo son a los aportados por los convocantes como prueba documental con la demanda que figuran a folios 2 a 241 del expediente y con la reforma de la demanda a folios 470 a 555. En igual sentido, el dictamen pericial al que se refiere el Tribunal es al aportado por la parte convocante al descender el traslado de las excepciones formuladas por los convocados, el cual se encuentra obrante a folios 626 al 1663 del expediente.

2.3.3. Tercera solicitud de aclaración (Numeral 2.3):

Finalmente en cuanto a la aclaración solicitada en el numeral 2.3, la misma se plantea en relación a lo establecido en las páginas 78 y 79 del Laudo Arbitral, el apoderado de la parte convocante solicita:

“(…) se sirvan aclarar si es que la obligación de pagar intereses sobre los dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00) debía ser simultánea y adicional con el depósito Renta Premium a que se refiere la cláusula mencionada por ese panel arbitral”

Observa el Tribunal que la aclaración requerida se predica entonces de la parte motiva mas no de la resolutive, y como se estableció con anterioridad *“únicamente procede entrar a realizar precisiones acerca de la parte motiva cuando la resolutive se refiere a ella y de la remisión surge duda, como acontecería, por ejemplo, si en aquella se dice que se condena a pagar los intereses desde la presentación de la demanda y en la resolutive se menciona que estos se pagan, tal como se dijo en la parte motiva, desde la ejecutoria del fallo.”*⁹⁰.

La parte resolutive del Laudo no hace una remisión particular a los folios 78 y 79 del mismo, y aún en gracia de discusión si se pensase que ello se da con la remisión general, propia de toda sentencia judicial al decir *“en mérito de los expuesto o con base en las anteriores consideraciones”*, dicha remisión para el Tribunal no hace surgir en si misma duda alguna en relación con la decisión.

En efecto, las decisiones adoptadas por el tribunal se observan como comprensibles, basadas en un esquema lógico y congruente, y con el uso de frases y palabras entendibles.

Un laudo es claro, cuando su significado se puede comprender con una simple lectura, sin dejar motivos de duda o incertidumbre, y esta claridad solo es predicable de la parte resolutive que contiene la decisión del conflicto, aunque no de la parte motiva.⁹¹

Es necesario que la duda o contradicción alegada sea verdadera, esto es, que sea objetiva, sufrida por cualquier persona que lea el laudo y no solo por el solicitante, por lo cual es posible que el Tribunal Arbitral considere que no existe verdadera duda y niegue la aclaración por este motivo. Y es precisamente lo que en esta particular solicitud observa el Tribunal, esto es, que la duda o ausencia de claridad esbozada por el solicitante, hace parte de su fuero interno y del sentir interpretativo pretendido respecto de las obligaciones de las partes, lo que hace que la aclaración deje de ser objetiva y no sobrepase el sentir o parecer eminentemente subjetivo del apoderado de los convocantes.

Como complemento de lo anterior, el Tribunal dejó en claro que el establecimiento entre las partes de la obligación de pagar intereses por el capital debido, para este caso fue de intereses remuneratorios como contraprestación por el plazo pactado para la entrega del saldo sobre el capital del precio pactado, toda vez, que de acuerdo con lo acordado por la partes estas sumas de dinero operaron como una retribución por el saldo del precio debido y es por ello que se constituyen realmente estas sumas como un complemento económico que recibieron los convocados por el dinero que debían entregar los convocantes *Dos Mil Millones de Pesos M/C (\$2.000.000.000,00)*, y ello así se encuentra plenamente probado que fue pactado por las partes como viene dicho, lo cual se encuentra ajustado a lo previsto en el Código Civil.

⁹⁰ Código General del Proceso, parte General, Hernán Fabio López Blanco, pagina 698 y 699, DUPRE EDITORES, 2017.

⁹¹ Hernando Herrera Mercado – Fabricio Mantilla Espinosa – 2017- La Práctica del Litigio Arbitral – Tomo II. Vol. II – Bogotá D.C. – Colombia – Grupo Editorial Ibáñez (Pág. 371).

Ahora bien, en punto a los intereses de mora causados por el incumplimiento de la obligación de pagar intereses por el capital debido a los que se refiere el párrafo inmediatamente anterior, llama la atención el Tribunal sobre el párrafo tercero de la página 84 del Laudo arbitral (folio 2202), el cual a la letra reza:

“Al respecto, el Tribunal encuentra probada esta excepción, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este laudo, toda vez que quedó demostrado que en efecto la parte CONVOCANTE realizó los pagos correspondientes al literal f) de la cláusula QUINTA del Contrato a la parte Convocada hasta el mes de abril de 2015, incurriendo en mora a partir de esa fecha, y por tanto, generando el incumplimiento de la obligación contractual en cabeza de los CONVOCANTES, por lo que a partir de dicha fecha se encuentran a cargo de los convocantes sobre estas sumas de dinero intereses de mora a la tasa máxima legal permitida por la ley.”

La indicación de la tasa de mora a la máxima legal permitida por la ley, no concuerda con el numeral 1.2 del artículo 1 de la parte resolutive del Laudo, el cual dispuso:

“1.2. Sobre la suma anteriormente indicada se deben pagar intereses a la tasa convenida del 0,465% los cuales se entienden causados desde el día 1° de enero de 2017, fecha en la cual las convocantes dejaron de pagar los intereses sobre esta suma de dinero y hasta el día en que efectivamente se produzca su pago.”

Por lo anterior, el Tribunal de manera oficiosa, procederá a corregir la parte considerativa en el sentido de establecer la tasa de mora en forma concordante con la resolutive, esto es, ordenar el pago de los intereses de mora a la tasa convenida del 0,465%, quedando el párrafo en cita, con el siguiente texto:

“Al respecto, el Tribunal encuentra probada esta excepción, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este laudo, toda vez que quedó demostrado que en efecto la parte CONVOCANTE realizó los pagos correspondientes al literal f) de la cláusula QUINTA del Contrato a la parte Convocada hasta el mes de abril de 2015, incurriendo en mora a partir de esa fecha, y por tanto, generando el incumplimiento de la obligación contractual en cabeza de los CONVOCANTES, por lo que a partir de dicha fecha se encuentran a cargo de los convocantes sobre estas sumas de dinero intereses de mora a la tasa convenida del 0,465%.”

3. DECISIÓN

Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir las controversias entre las sociedades CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS DEL CARIBE CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S Y GESTIÓN SALUD S.A.S., como parte convocante, y los señores LILIA MARÍA AMBRAD GHISAYS Y JOSÉ ALBERTO GÓMEZ SOTO, como parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- PRIMERO.** NEGAR la solicitud de adición presentada por el apoderado de la parte convocante, por las razones expuestas en esta Providencia.
- SEGUNDO.** NEGAR las solicitudes de aclaración formuladas por el apoderado de la parte convocante, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO. CORREGIR la parte motiva del Laudo Arbitral, en el párrafo tercero de la página 74, obrante a folio 2192, el cual quedará así:

“No tiene, en sentir del tribunal, la entereza de convicción la afirmación de los representantes legales de los convocantes respecto de la modificación contractual, esto es, la retención de la parte del precio destinada a ser depositada como garantía a cambio del pago de intereses, para acreditar la modificación argüida. Entre otras cosas por cuanto es absoluta la manifestación contraria de los convocados en el proceso y principalmente por cuanto que las pruebas documentales relacionadas con el pago de intereses, esto es, las facturas presentadas por el convocado, los comprobantes de egreso expedidos por las convocantes, la liquidación del "contrato de mutuo" por \$2.000.000.000.oo que soportan los comprobantes de egreso y el concepto pericial aportado por la parte convocante, denotan precisamente lo contrario.”.

CUARTO. CORREGIR, de manera oficiosa, la parte motiva del Laudo Arbitral, en el párrafo tercero de la página 84, obrante a folio 2202, el cual quedará así:

“Al respecto, el Tribunal encuentra probada esta excepción, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este laudo, toda vez que quedó demostrado que en efecto la parte CONVOCANTE realizó los pagos correspondientes al literal f) de la cláusula QUINTA del Contrato a la parte Convocada hasta el mes de abril de 2015, incurriendo en mora a partir de esa fecha, y por tanto, generando el incumplimiento de la obligación contractual en cabeza de los CONVOCANTES, por lo que a partir de dicha fecha se encuentran a cargo de los convocantes sobre estas sumas de dinero intereses de mora a la tasa convenida del 0,465%.”.

QUINTO. DISPONER que en firme esta providencia, se archive el expediente en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JUAN GUILLERMO HINCAPIE MOLINA
Presidente

MARGARITA EUGENIA VÉLEZ VÁSQUEZ
Arbitro

JOSÉ GABRIEL PEREIRA LLAMAS
Arbitro

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE POLYBAN INTERNACIONAL S.A VS. ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA S.A. (ZOFRANCA S.A.), PATRIMONIO AUTÓNOMO ZEUS INVESTMENTS INC SUCURSAL COLOMBIA CARTAGENA SHIRMP CO. S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ, Y COMAI LTDA.

FECHA LAUDO: 14 de agosto de 2018.

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DEL TRIBUNAL

PARTE CONVOCANTE: POLYBAN INTERNACIONAL S.A.,

PARTE CONVOCADA: ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA DE INDIAS S.A.; COMPOUNDING AND MASTERBATCHING INDUSTRY LIMITADA; OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA S.A., COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO ZEUS INVESTMENTS INC SUCURSAL COLOMBIA CARTAGENA SHIRMP CO. S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN; y JUAN CARLOS LEMAITRE.

FECHA LAUDO: 14 de agosto de 2018.

ÁRBITRO (S): JUAN GUILLERMO HINCAPIE MOLINA, RICARDO VANEGAS BELTRÁN Y JORGE LEÓN CEBALLOS ACOSTA

SECRETARIO (A): LILIANA BUSTILLO ARRIETA

PROTOCOLIZACIÓN:

TEMAS: Pacto de preferencia en negociación de acciones, contrato de compraventa de acciones, inviolabilidad de estatutos, forma de manifestación de la voluntad de adquirir acciones, segunda vuelta en procedimiento de negociación de acciones, interpretación de los contratos en Colombia,

Resumen temático: el pacto de preferencia en Colombia es un contrato preparatorio que obliga al otorgante a preferir al beneficiario en caso de decidir celebrar un contrato, siempre que se cumplan con las condiciones en él estipuladas. En materia societaria el pacto de preferencia posee dos regímenes especiales, la preferencia en la suscripción de acciones y la preferencia en la negociación de acciones. En cuanto al pacto de preferencia en la negociación de acciones, eje central temático del presente debate arbitral, la normativa colombiana lo establece como un elemento accidental del contrato social en las sociedades de acciones, que de ser pactado, otorga el derecho para que los socios, la sociedad o ambos, sean preferidos en caso de que un propietario de acciones decida enajenarlas total o parcialmente y tiene como finalidad, que las acciones puedan quedar en poder de la sociedad o de los demás accionistas antes que en manos de terceros. El alcance y forma de ejercer el derecho de preferencia en la negociación de acciones, por expreso mandato legal, debe ser establecido en cada caso particular dentro de los estatutos sociales.

REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES.

NORMAS:

Constitución Política de 1991; Artículos 379, 388, 401, 407, 824, 862, 871, del Código de Comercio; Artículos 1500, 1502, 1603; 1618 al 1624 del Código Civil

JURISPRUDENCIA:

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de julio de 1983.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de octubre de 1980, M.P. Ricardo Uribe Holguín.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 1993, M.P. Héctor Marín Naranjo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 2002, José Fernando Ramírez Gómez:
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de enero de 2001,
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencias del 5 de agosto del 2014
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de agosto de 2014.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 26 de enero de dos mil quince 2015
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de junio de 2001
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencias del 9 de diciembre del 2004
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de marzo de 2017
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de noviembre de 1995).

DOCTRINA:

- Alessandri Rodríguez, A. (1976). *Derecho civil. De los contratos*. Santiago: Editorial Zamorano y Capeán.
- Claro Solar, L. (1939). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial Nascimento.
- Jaramillo J., C. I. (2007). La interpretación del Contrato en el derecho privado colombiano. Panorámico examen legal, jurisprudencial y doctrinal. En C. Soto Coaguila, *Tratado de la Interpretación del Contrato en America latina* (págs. 801-1018). Lima: Grijley.
- Narváez Garcia, J. I. (1993). *Sociedades por Acciones*. Bogota: Librería Doctrina y Ley.
- Pothier, R. J. (s.f.). *Obligations*. n° 95.
- Ramírez Baquero, E. (2013). *Obligaciones y contratos Ensayos*. Bogota: Universidad del Rosario.
- Reyes Villamizar, F. H. (2016). *Derecho Societario* (Tercera Edición ed.). Bogota: Editorial Temis.
- Soto Cuaguila, C. A. (2007). *Tratado de la interpretación del contrato en america latina*. Lima: Editorial Juridica Grijley.

TRANSCRIPCIÓN DEL LAUDO

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE POLYBAN INTERNACIONAL S.A VS. ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA S.A. (ZOFRANCA S.A.), PATRIMONIO AUTÓNOMO ZEUZ INVESTMENTS INC SUCURSAL COLOMBIA CARTAGENA SHIRMP CO. S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ, Y COMAI LTDA.

1. ABREVIATURAS Y ASPECTOS FORMALES DEL LAUDO.

1.1. Abreviaturas:

Las abreviaturas utilizadas tendrán el siguiente significado:

1. Polyban S.A. o simplemente Polyban: Polyban Internacional S.A., sociedad comercial debidamente constituida, con domicilio en la ciudad de Cartagena, identificada con NIT. No° 800.048.191-8.
2. ZOFRANCA S.A o simplemente ZOFRANCA: Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Cartagena S.A., sociedad comercial legalmente constituida con domicilio en la ciudad de Cartagena, con NIT. 800.213.678-1.
3. PA Zeus: Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co. S en Liquidación por Adjudicación, cuya vocera es la sociedad FIDUAGRARIA S.A., sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio en la ciudad de Bogotá, con NIT 800.159.998-0.
4. OTM S.A.S. o simplemente OTM: Operaciones Técnicas Marinas SAS (OTM). Sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio en la ciudad de Cartagena, ccon NIT. 806.005.346-1.
5. COMAI LTDA o simplemente COMAI: Compounding and Masterbatching Industry limitada. Sigla COMAI LTDA., sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio en la ciudad de Cartagena, con NIT. 800.134.853-3.
6. JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ: Juan Carlos Lemaitre Vélez, mayor de edad y domiciliado en Cartagena, identificado con cedula de ciudadanía 17.184.590.
7. C.P.: Constitución Política de Colombia.
8. C.C.: Código Civil.
9. C de Co.: Código de Comercio.
10. C.G.P.: Código General del Proceso.
11. SC CSJ.: Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.
12. C.C.C.: Corte Constitucional Colombiana.

1.2. Citas de doctrina:

Las citas de doctrina realizadas en este laudo arbitral se realizarán con base en las normas APA.

2. ANTECEDENTES.

1. El día catorce (14) de agosto de 2017, la parte Convocante POLYBAN INTERNACIONAL S.A., presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, demanda arbitral contra

ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA S.A. (ZOFRANCA S.A.), PATRIMONIO AUTÓNOMO ZEUS INVESTMENTS INC SUCURSAL COLOMBIA CARTAGENA SHIRMP CO. S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ, Y COMAI LTDA., planteando una serie de controversias surgidas entre las partes con ocasión del ejercicio del derecho preferencia en la negociación de acciones, previsto en los estatutos sociales de ZOFRANCA S.A. (Folios 1 al 91 Tomo I cuaderno principal)

2. Previa citación a las partes se realizaron las actuaciones encaminadas a la designación de los árbitros (folios 92 al 170 Tomo I cuaderno principal); se celebró la audiencia de nombramiento de árbitros el 15 de septiembre de 2017, con la participación de las partes y se designaron como árbitros principales a los Doctores JUAN GUILLERMO HINCAPIÉ MOLINA, RICARDO VANEGAS BELTRÁN Y JORGE LEÓN CEBALLOS ACOSTA, quienes en oportunidad legal aceptaron el nombramiento. (Folios 180 al 218 Tomo I cuaderno principal).

3. Previas las citaciones correspondientes, el día 12 de diciembre de 2017, se desarrolló la Audiencia de Instalación, con la participación de las partes, con excepción del señor JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ y COMAI LTDA. Se designó como presidente al Doctor JUAN GUILLERMO HINCAPIÉ MOLINA y como secretaria a la abogada LILIANA BUSTILLO ARRIETA, se admitió la demanda arbitral, por reunir los requisitos exigidos en la ley, se dispuso notificar el auto admisorio de la demanda y surtir el correspondiente traslado legal, entre otras decisiones. (Folios 312 al 316 Tomo I cuaderno principal).

5. Comunicada la designación a la secretaria, esta aceptó el nombramiento y se posesionó ante el árbitro presidente (Folio 335). A continuación, adelantó las diligencias correspondientes para las notificaciones y traslados ordenados por el Tribunal en el auto No. 2 de fecha 12 de diciembre de 2018. (Folio 424 Tomo II cuaderno principal).

6. Mediante memoriales recibidos el 10 de enero de 2018 (OTM S.A.S., el 11 de enero de 2018 (PA Zeus), el 15 de enero de 2018 (COMAI LTDA.), y 7 de febrero de 2018 (JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ), las Convocadas se pronunciaron sobre la demanda arbitral, propusieron excepciones de mérito, solicitaron pruebas y aportaron pruebas documentales. (Folios 336 al 423, 425 al 510, 519 al 533) Tomo II cuaderno principal).

7. Mediante Auto No. 3 del 8 de febrero de 2018, notificado legalmente a las partes, el Tribunal de Arbitramento tuvo por contestada la demanda arbitral por las convocadas, y corrió traslado a la parte Convocante, de las excepciones de mérito formuladas en el proceso, y de las objeciones al juramento estimatorio presentadas. La parte Convocante presentó memorial el día 16 de febrero de 2018, en donde se

pronunció sobre las excepciones de mérito solicitando pruebas. (Folios 534 al 546 y 551 al 553 Tomo II cuaderno principal).

8. Mediante auto No. 4 de fecha 19 de febrero de 2018, se fijó la fecha para audiencia de conciliación y, de fracasar la etapa conciliatoria, fijar los gastos y honorarios para el funcionamiento del Tribunal. En audiencia de fecha 26 de febrero de 2018, se surtió la etapa conciliatoria, sin que fuere posible lograr el acuerdo. En la misma fecha, por auto No. 5, este Tribunal de Arbitramento procedió fijando los honorarios y gastos para el funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, providencia que quedó ejecutoriada en audiencia. (Folios 554 al 562, 566 al 575 Tomo II cuaderno principal).

9. De conformidad con lo verificado e informado por el Árbitro Presidente del Tribunal de Arbitramento, la parte Convocante en la oportunidad legal prevista en el artículo 27 de la ley 1563 de 2012, dentro del término inicial de 10 días, pagó de conformidad con lo ordenado por el Tribunal, el 50% de los honorarios y gastos para el funcionamiento del Tribunal de Arbitramento que a ella le correspondía. Por la parte Convocada, hizo lo propio la Convocada ZOFRANCA S.A. Las demás Convocadas no pagaron. (Folio 577)

10. La parte Convocante Polyban S.A., en la oportunidad legal prevista en la citada norma, dentro del término adicional de 5 días siguientes, pagó las sumas que correspondían a las convocadas que no lo hicieron, PA Zeus, OTM S.A.S., JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ, Y COMAI LTDA., para el funcionamiento del Tribunal de Arbitramento. Por lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, deberán las partes incumplidas en la consignación, esto es, PATRIMONIO AUTÓNOMO ZEUS INVESTMENTS INC SUCURSAL COLOMBIA CARTAGENA SHIRMP CO. S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ, Y COMAI LTDA, todas ellas convocadas, reembolsar los dineros que le correspondan a la convocante, so pena de darle aplicación a las demás disposiciones contenidas en este artículo.

En virtud del pago total de los gastos y honorarios hecho por la convocante y una de las convocadas, el presidente del Tribunal, para efectos de cumplir con lo dispuesto en el inciso 1 del Art. 27 de la Ley 1563 de 2012, abrió la cuenta en fiducia del Banco GNB Sudameris número 55100021050, donde se encuentran depositados los dineros recibidos por concepto de este Tribunal Arbitral.

11. En atención a que en este proceso arbitral se pagaron los gastos y honorarios para el funcionamiento del Tribunal de Arbitramento en las condiciones señaladas en el numeral 10 anterior, el día veintidós (22) de marzo de 2018, mediante auto No. 7, se fijó la fecha para la celebración de la primera audiencia de trámite en este proceso arbitral, providencia notificada a las partes del proceso arbitral, como consta en el expediente a (Folio 578, 579, 580 Tomo II del proceso arbitral)

12. El 17 de abril de 2018, se desarrolló la Primera Audiencia de Trámite, con la participación de todas las partes del proceso. El Tribunal declaró su competencia en el Auto No. 8 y las manifestaron su conformidad con la decisión. Por Auto No. 9 el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes y las que de oficio consideró pertinentes y útiles. Notificada la decisión a las partes en audiencia estas manifestaron su conformidad, con excepción del apoderado del Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shimp Co. S, que interpuso recurso que fue denegado por el Tribunal de Arbitramento por improcedente, teniendo en cuenta que el decreto de pruebas, no admite recurso alguno. (Folios 581 al 605 Tomo II del cuaderno principal).

13. Adicionalmente, en la citada Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal de Arbitramento surtió, mediante Auto No. 12, el Control de legalidad de todas las actuaciones surtidas hasta ese momento en el proceso. Las partes manifestaron no tener solicitudes de saneamiento. En esta misma oportunidad, las partes de común acuerdo solicitaron la suspensión del proceso arbitral desde el 18 de abril de 2018 hasta el día 7 de mayo de 2018, ambas fechas inclusive, suspensión decretada por Auto No. 12. (Folios 581 al 605 Tomo II del cuaderno principal).

14. En desarrollo de la etapa probatoria, por secretaría se emitieron los oficios y comunicaciones correspondientes a las pruebas decretadas, (Folios 606 al 612 Tomo II del cuaderno principal).

15. El 8 de mayo de 2018, se desarrolló la primera audiencia de práctica de pruebas, en la que se recibió el testimonio de la Dra. Ana María Horrillo, el testimonio del señor Dionisio Vélez White, los interrogatorios de parte al representante legal de OTM S.A.S. y al señor Juan Carlos Lemaitre Vélez como representante de ZOFRANCA S.A., y como persona natural Convocada. En esta oportunidad, el apoderado de la parte Convocante Polyban Internacional S.A., manifestó desistir del Interrogatorio de Parte a COMAI LTDA. Previo traslado a las partes, el Tribunal lo aceptó en el Auto No. 13. En esta misma providencia ordenó oficiar a la Oficina de Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Cartagena, para que certificara quienes han integrado la Junta Directiva como principales y suplente, y quienes han ejercido la representación legal, en su calidad de gerente principal y suplente de la sociedad ZOFRANCA S.A., durante los últimos 5 años de existencia de la sociedad. También de oficio el Tribunal ordenó incorporar al grupo de documentos objeto de exhibición, todos los concernientes al registro de compra y venta de acciones en ejercicio del derecho de preferencia, que se haya ejecutado en los últimos 10 años. (Folios 614 al 623 del Tomo II cuaderno principal).

16. En la citada Audiencia del 8 de mayo de 2018, el Tribunal de Arbitramento surtió el control de legalidad de las actuaciones surtidas, mediante Auto No. 14, las partes manifestaron su conformidad (Folios 621 y 622 Tomo II cuaderno principal).

17. El 9 de mayo de 2018, se desarrolló la segunda audiencia de práctica de pruebas, en la cual se practicó el interrogatorio de parte a la representante legal de FIDUAGARIA COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTONOMO ZEUZ; de igual manera el interrogatorio de parte al representante legal de Polyban S.A.. (Folios 636 al 640 Tomo II cuaderno principal).

18. En la misma fecha, se practicó la exhibición de documentos por parte de ZOFRANCA S.A en la sede del Tribunal. Entonces exhibió múltiples documentos de conformidad con el objeto de la prueba. El Tribunal concedió plazo para que ZOFRANCA S.A., suministrara copias de los documentos a los que se refiere el acta de la diligencia. Al finalizar la audiencia de esta fecha, el Tribunal surtió el Control de Legalidad mediante Auto No. 17. (Folios 641 al 644 Tomo II cuaderno principal).

19. En desarrollo de la etapa probatoria, se recibieron las copias de las escrituras públicas solicitadas a las Notarías Quinta, Primera, Cuarta y Tercera de Cartagena. (Folios 685 al 819 del Tomo II cuaderno principal).

20. De conformidad con lo ordenado por el Tribunal en audiencia de práctica de pruebas, Zofranca S.A., allegó memoriales de fecha 15 de mayo de 2018 y anexos documentales. (Folios 820 al 828 Tomo II cuaderno principal).

21. Se recibió certificado de Registro Mercantil de Cámara de Comercio, en respuesta al oficio que previamente le había remitido el tribunal (Folios 829 al 834 Tomo II cuaderno principal).

22. Zofranca S.A., mediante memorial del 21 de mayo de 2018, Zofranca S.A., allegó los documentos relacionados la exhibición de documentos practicada. (Folios 835 al 840 del Tomo II cuaderno Principal).

23. Por Auto No. 18 del 28 de mayo de 2018, el Tribunal de Arbitramento resolvió poner a disposición de las partes, los audios contentivos de las declaraciones de las partes y los documentos allegados (Folios 841 al 843).

24. Mediante Auto No. 19, el Tribunal de Arbitramento declaró concluida la etapa probatoria del proceso arbitral y fijó la fecha para escuchar las alegaciones de las partes. (Folios 844 al 856 Tomo II cuaderno principal).

25. Por medio electrónico las partes solicitaron de común acuerdo, suspensión del proceso arbitral desde el 7 de junio de 2018 hasta el 15 de julio de 2018, la cual fue decretada mediante Auto No. 20 del 7 de junio de 2018. (Folios 847 al 866 del Tomo II cuaderno principal).

26. Mediante memorial recibido en fecha 16 de julio de 2018, OTM S.A.S. anexó los soportes de reembolso a la parte Convocante de las sumas pagadas por ellos, para el funcionamiento del Tribunal.

27. El día 16 de julio de 2018 se celebró la audiencia de alegaciones en este proceso arbitral, con la participación de todas las partes, quienes presentaron sus alegaciones oralmente y allegaron resumen escrito, con excepción, en este último aspecto, del señor Juan Carlos Lemaitre Vélez. Al finalizar las alegaciones, el Tribunal mediante Auto No. 22, fijó la fecha para proferir este Laudo Arbitral. Adicionalmente, se suspendió el proceso arbitral, por solicitud conjunta y de común acuerdo de todas las partes del proceso, desde el día 17 de julio de 2018 hasta el día 13 de agosto de 2018, ambas fechas inclusive, la cual fue decretada por Auto No. 23. En esta misma audiencia, también se surtió el control de legalidad de todas las actuaciones procesales, por Auto No. 21.

3. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL.

El día catorce (14) de agosto de 2017, la parte Convocante POLYBAN INTERNACIONAL S.A., presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, demanda arbitral contra ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA S.A. (ZOFRANCA S.A.), PATRIMONIO AUTÓNOMO ZEUZ INVESTMENTS INC SUCURSAL COLOMBIA CARTAGENA SHIRMP CO. S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ, Y COMAI LTDA., planteando una serie de controversias surgidas entre las partes con ocasión del ejercicio del derecho preferencia en la negociación de acciones, previsto en los estatutos sociales de ZOFRANCA S.A. (Folios 1 al 91 Tomo I cuaderno principal).

4. PARTES DEL PROCESO.

4.1. La parte convocante:

POLYBAN INTERNACIONAL S.A., sociedad comercial debidamente constituida, identificada con NIT. No. 800.048.191-8, con domicilio en la ciudad de Cartagena, representada legalmente por el Señor Jaime Alberto Restrepo Carvajal, mayor de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 70.106.663 expedida en Medellín, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el proceso.

4.2. La parte convocada:

ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA DE INDIAS S.A. – ZONA FRANCA S.A., sociedad comercial debidamente constituida, identificada con NIT No. 800.213.678-1, con domicilio en la ciudad de Cartagena, representada legalmente por el Señor Juan Carlos Lemaitre Vélez, mayor de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 17.184.590 expedida en Bogotá, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el proceso.

COMPOUNDING AND MASTERBATCHING INDUSTRY LIMITADA – COMAI LTDA., sociedad comercial debidamente constituida, identificada con NIT No. 800.134.853-3, con domicilio en la ciudad de Cartagena, representada legalmente por la Señora María Inés Hurtado Burbano, mayor de edad, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.143.342.146, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el proceso.

OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., sociedad comercial debidamente constituida, identificada con NIT No. 806.005.346-1, con domicilio en la ciudad de Cartagena, representada legalmente por el Señor Jorge Alfonso Martínez Pardo, mayor de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 2.923.514, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el proceso.

SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA S.A., COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO ZEUS INVESTMENTS INC SUCURSAL COLOMBIA CARTAGENA SHIRMP CO. S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN., sociedad anónima de economía mixta, sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y legalmente constituida mediante escritura pública No. 1199 de febrero 18 de 1992, representada legalmente por la Señora María Cristina Zamora Castillo, mayor de edad, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 52.825.222, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, que obra en el proceso.

JUAN CARLOS LEMAITRE, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.184.590 expedida en Bogotá.

5. EL PACTO ARBITRAL.

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el contenido en la cláusula compromisoria pactada por las partes en el artículo Décimo Quinto de los estatutos sociales de la sociedad Zona Franca Industrial De Bienes Y Servicios De Cartagena De Indias S.A., aprobados en Asamblea Ordinaria de Accionistas mediante Acta No. 018 de fecha 27 de marzo de 2008.

Dicho Pacto es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las discrepancias que ocurran entre los accionistas con la sociedad, y entre los accionistas entre sí, por razón de su carácter de tales, durante el contrato social, al tiempo de la disolución, o en el período de la liquidación, serán sometidas a la decisión obligatoria de un Tribunal de Arbitramento que funcionará en el domicilio principal de la compañía y estará integrado por tres ciudadanos colombianos en ejercicio de sus derechos civiles y abogados inscritos, los cuales fallarán en derecho; su nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de Cartagena por

conducto de su Junta Directiva, a petición de cualquiera de las partes, entendiéndose por tal la persona o grupo de personas que sustente la misma pretensión. El Tribunal deberá fallar dentro de un término máximo de seis (6) meses desde integración del mismo.” (Subraya fuera del texto)

6. PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL.

Los asuntos que las partes han sometido a decisión del presente Tribunal de Arbitraje son los que aparecen incorporados en la demanda y sus respectivas contestaciones.

Las pretensiones incorporadas en la demanda versan sobre derechos de naturaleza puramente económica que son disponibles y, por ende, sujetos a decisión arbitral. Se relacionan a continuación:

“I. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1 Que se declare la existencia del contrato de compraventa de sesenta y siete (67) acciones de ZOFRANCA S.A., entre Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co. S en Liquidación por Adjudicación, como vendedor, y Polyban Internacional S.A. como comprador, derivado de la aceptación oportuna por parte de Polyban Internacional S.A. de la oferta de venta de las acciones ofrecidas por el referido patrimonio autónomo;

1.2. Que se declare la nulidad y/o ilegalidad parcial de las ventas de las acciones de ZOFRANCA S.A., celebradas entre Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co. S en Liquidación por Adjudicación, como vendedor, por una parte, y por la otra, OTM S.A.S., Juan Carlos Lemaitre Vélez, y COMAI LTDA, como compradores, por haber transgredido el ejercicio del derecho de preferencia de la sociedad que apodero.

1.3 Que se declare la nulidad y/o ilegalidad parcial de la anotación en el libro de registro de accionistas de ZOFRANCA S.A., de las ventas de las acciones celebradas entre Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co.S en Liquidación por Adjudicación, como vendedor, por una parte, y por la otra, OTM S.A.S., Juan Carlos Lemaitre Vélez, y COMAI LTDA, como compradores, por haber transgredido el ejercicio del derecho de preferencia de la sociedad que apodero.

1.4. Que se declare la nulidad y/o ilegalidad parcial del reparto de dividendos que se hubiera efectuado y/o que pueda llegar a surtirse con ocasión a las ventas de las acciones celebradas entre Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co. S en Liquidación por Adjudicación, como vendedor, por una parte, y por la otra, OTM S.A.S., Juan Carlos Lemaitre Vélez, y COMAI LTDA, como compradores, por haber transgredido el ejercicio del derecho de preferencia de la sociedad que apodero.

1.5. Como consecuencia de las anteriores peticiones, y de la consecuente nulidad genérica de las enajenaciones efectuadas con desconocimiento del derecho de preferencia ejercido por la sociedad que apodero, se ordene a Zofranca S.A. que dé cumplimiento al contrato de compraventa de las sesenta y siete (67) acciones de ZOFRANCA S.A., celebrado entre el Patrimonio Autónomo y la convocante, indicando a ésta última el número de la cuenta bancaria y el nombre de la entidad bancaria en la cual debe depositar a favor del Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co. S en Liquidación por Adjudicación, la suma de TRESCIENTOS CINCO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS M/I (\$305.948.342, 17), por concepto del precio de las referidas acciones, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo dispongan.

1.6 Que se condene a las sociedades Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co. S en Liquidación por Adjudicación, OTM S.A.S., COMAI LTDA y al señor Juan Carlos Lemaitre Vélez, al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en Derecho, en caso de formular oposición a las pretensiones de la demanda.”

Además de que las controversias planteadas en este arbitraje corresponden a asuntos litigiosos que las partes defirieron a decisión arbitral.

7. EXCEPCIONES DE LAS CONTESTACIONES.

7.1. Excepciones propuestas por OTM S.A.S.

“1. Inviolabilidad de los estatutos sociales- inmutabilidad de la forma de como comunicar la intención de adquirir acciones del literal d.) del artículo décimo de los estatutos sociales de zona franca s.a.

2. Verdadera naturaleza de las actas de la Junta Directiva.

3. Extemporaneidad de la comunicación la demandante que manifiesta su intención de adquirir las acciones del Patrimonio Autónomo Zeus.

4. Inexistencia del contrato de compraventa de acciones.”

7.2 Excepciones propuestas por PA Zeus.

“1. Inexistencia de la obligación.

2. Ausencia de culpa de la sociedad convocada en los hechos imputados, y ausencia de responsabilidad en los supuestos perjuicios causados a la parte convocante.

3. Inexistencia de perjuicios económicos.

4. Ausencia de elementos normativos para configurar una causal de nulidad de la venta de las acciones realizada por el Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co.S en liquidación por adjudicación.”

7.3 Excepciones propuestas ZOFRANCA S.A.

“1. Inexistencia del derecho alegado.

2. Improcedencia por aprovechamiento en culpa.

3. Buena fe.

4. Inexistencia de los perjuicios reclamados.”

7.4 Excepciones propuestas por COMAI LTDA.

“1. Inepta demanda por indebida fundamentación jurídica del libelo demandatorio.

2. Legalidad del negocio jurídico de compraventa de acciones de la sociedad ZOFRANCA S.A. entre las sociedades accionistas FIDUAGRARIA S.A. Y COMAI LTDA.

3. La manifestación efectuada por la sociedad Polyban S.A., en el acta no. 143 de la junta directiva no debe tomarse como la aceptación de la oferta de venta de las acciones de la sociedad Fiduagraria S.A., dicha aceptación consta en la comunicación remitida a Zona Franca S. A., el día 10 de octubre de 2016, la cual fue presentada de manera extemporánea de acuerdo a lo establecido en los estatutos de la sociedad.”

7.5 Excepciones propuestas por JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ:

“1. Inexistencia del derecho de preferencia.

2. Inexistencia de los perjuicios reclamados.”

8. TRÁMITE.

El trámite del proceso arbitral, se ha surtido con todo el rigor que corresponde a las disposiciones legales que le son aplicables, es un arbitraje institucional de conformidad con lo previsto en la Ley 1563 de 2012, ha funcionado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, se ha realizado el control de legalidad en las distintas etapas del proceso y las partes en audiencia, han manifestado su conformidad.

9. TÉRMINO DEL PROCESO.

El término de este proceso arbitral empezó a correr a partir del día 18 de abril de 2018, conforme a lo resuelto en el Auto No. 8. Dicho término es de seis (6) meses en virtud de lo dispuesto en la cláusula compromisoria. El término se ha adicionado en 87 días, en virtud de las suspensiones del proceso arbitral que a continuación se relacionan, y fueron decretadas previa solicitud de las partes, de común acuerdo:

| AUTO | FECHA | PERIODO | DIAS ADICIONADOS |
|--------|------------|---------------------------------------|------------------|
| No. 12 | 17/04/2018 | DESDE 18/04/2018 hasta 7/05/2018 | 20 |
| No. 20 | 7/06/2018 | DESDE 7/06/2018 hasta 15/07/2018 | 39 |
| No. 23 | 16/07/2018 | DESDE 17/07/2018 hasta 13/08/ 2018 | 28 |

Las anteriores suspensiones no superan el límite de los 120 días consagrado en la Ley 1563 de 2012.

Por lo anteriormente expuesto, este Laudo Arbitral se profiere en oportunidad legal.

10. LOS HECHOS DE LA DEMANDA Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS MISMOS EN LAS CONTESTACIONES.

Los fundamentos de hecho de la demanda y los pronunciamientos que frente a cada uno de ellos hicieron las demandadas, conviene que sean revisados detalladamente antes de que el tribunal inicie el análisis de fondo, pues en ellos se expresan las posiciones de demandante y demandadas sobre los diferentes aspectos que debe resolver este tribunal.

| HECHOS DE LA DEMANDA | CONTESTACIÓN DEMANDA JUAN CARLOS LEAMITRE. REPRESETNANTE LEGAL ZOFRANCA | CONTESTACIÓN DEMANDA ZOFRANCA | CONTESTACIÓN DEMANDA FIDUAGRARIA | CONTESTACIÓN DEMANDA COMAI LTDA | CONTESTACIÓN DEMANDA OTM S.A.S. |
|--|--|---|---|---|--|
| <p>PRIMERO: El 16 de septiembre de 2016, se comunicó por parte de ZOFRANCA S.A. la oferta de venta realizada por la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., como vocera y administradora del accionista Patrimonio Autónomo Zeus de doscientos (203) acciones que tiene suscritas y pagadas de las que conforman el capital de ZOFRANCA S.A.; ofreciendo cada acción en la suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS M/L (\$4.566.397,17) pagaderos de contado en un solo pago.</p> | <p>Parcialmente cierto pero el valor corresponde a CUATRO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS (\$4.566.393,17)</p> | <p>PARCIALMENTE CIERTO. El 13 de septiembre de 2016 se comunicó de manera escrita a la sociedad POLYBAN la oferta de venta de acciones realizada por FIDUAGRARIA como vocera y administradora de ZEUS, indicando el termino de 15 días para manifestar la aceptación de la oferta. NO ES CIERTO que POLYBAN hubiera recibido la comunicación el 16 de septiembre de 2016.</p> | <p>NO ME CONSTA, que se pruebe. Se desconoce las comunicaciones de ZOFRANCA con los demás accionistas acerca de la oferta de venta de acciones de ZEUS.</p> | <p>NO NOS CONSTA. COMAI recibió el día 15 de septiembre la comunicación de la oferta.</p> | <p>NO NOS CONSTA. Su manifestación de adquirir las acciones debía sujetarse a lo ordenado en el artículo 10 de los Estatutos Sociales, especialmente en el literal b y d, pero no lo hizo.</p> |

Adicionalmente ZOFRANCA indicó que

dentro de los quince (15) días de recibida la comunicación los accionistas podrían adquirir las acciones que, de acuerdo a su proporcionalidad, le correspondieren de las doscientas tres (203) acciones ofertadas; término en el cual podría “manifestar su deseo de tomar para sí las acciones objeto de la negociación, en las condiciones aquí ofrecidas.”

SEGUNDO: El veintisiete (27) de septiembre de 2016, dentro del término de quince (15) días mencionados, se celebró reunión de la Junta Directiva de la sociedad ZOFANCA S.A., donde estuvo presente Juan Carlos Lemaitre Velez, como representante legal de ZOFANCA y como accionista de la misma, así como el señor Jaime Alberto Restrepo, en calidad de representante legal de la sociedad Polyban Internacional S.A.

Jaime Restrepo manifestó “es importante aclarar el punto sobre el porcentaje de

No es cierto que POLIBAN realizó su oferta de compra en la reunión pues por su manifestación en la reunión queda claro que no tenía los elementos suficientes elementos de juicio. Que eso está claro teniendo en cuenta que POLYBAN manifestó aceptación de ejercer el derecho de preferencia a través de comunicado del 6 de octubre

NO ES UN HECHO sino una apreciación jurídica. NO ES CIERTO que de la manifestación realizada por el señor Jaime Restrepo en la junta directiva del 27 de septiembre de 2016 se desprenda n forma inequívoca, la aceptación expresa de la oferta dentro del término establecido, porque la formulación de POLYBAN se tradujo en una

NO ME CONSTA Mi representada no hace parte de la junta directiva por lo cual no tiene conocimiento de la información de este hecho.

Sin embargo, es claro que POLYBAN ha debido sujetarse a los procedimientos de los Estatutos sociales para

NO NOS CONSTA. La reunión d la junta directiva del 27 de septiembre de 2016 no contemplaba el orden del día los pronunciamientos de venta de acciones de FIDUAGARIA la única venta de acciones tratada en esa reunión fue la de INTERIMEX.

NO ES CIERTO que la expresión de POLYBAN en la junta directiva sea una expresión clara, expresa e inequívoca y conforme a los estatutos sociales de su intención de adquirir las acciones, cuando de la lectura de los Estatutos sociales se colige algo totalmente distinto. Es manifestación no esta de acorde a la

participación que tendrán los accionistas después de la venta de acciones por parte de Interimex, porque ellas van a incidir en la venta de las acciones que ha ofertado Zeus, donde Polyban tiene intención de comprar lo que le corresponda sobre su proporcionalidad.”

Es decir que Polyban manifestó conforme a los estatutos su intención de adquirir las acciones que proporcionalmente le correspondían de las ofertadas. Todo quedó consignado en el acta.

de 2016 recibido el 10 de octubre de 2016, dirigido al ZOFRANCA quien manifestó que POLYBAN había comunicado su aceptación con fecha posterior al término de 15 días establecidos en el artículo 10 de los estatutos, ósea de manera extemporánea.

simple *“intención de comprar lo que corresponda sobre su proporcionalidad”* que no se puede interpretar como una manifestación de aceptación, pues se desprende del propósito de *“aclarar el punto sobre participación de participación que tendrán los accionistas después de la venta de las acciones por parte de Interimex, ya que ellas van a incidir en la venta de las acciones ofertadas por ZEUS, donde POLYBAN tienen intención de comprar lo que le corresponda sobre su proporcionalidad”*. Esta manifestación no fue una aprobación o declaración dirigida al oferente, lo que si aconteció cuando envió la

manifestar una posible intención de compra de las acciones de ZEUS, y no se justifica que haya sido a través de la manifestación descrita en el hecho pueda obviar el procedimiento. La intención de compra la realizó de manera extemporánea mediante comunicación radicada el 10 de octubre.

forma como los accionistas están obligados a comunicar su interés en adquirir acciones en venta.

Las actas según el artículo 189 del Cco es el de consignar los hechos ocurridos y las decisiones adoptadas en las reuniones del órgano social pero nunca para sustituir lo establecido en el literal d de la cláusula 10 de los estatutos sociales de ZOFRACNA con respecto a la forma como deben los accionistas dar noticias de su voluntad de adquirir las acciones, es

comunicación el día 6 de octubre de 2016, recibida el 10 de octubre, donde ni se hizo referencia a la junta directiva del 27 de septiembre de 2016.

decir, por comunicación escrita.

La declaración del 27 de septiembre no es una aceptación porque además de lo anterior, no fue recibida por el proponente de la oferta directamente como indica el artículo 864 del código de comercio.

| | | | | | |
|---|---|---|--|---|---|
| Tercero. Mediante comunicación del seis (6) de octubre de 2016 recibida el 10 de octubre en ZOFRANCA S.A., Polyban reiteró su intención de compra de las acciones del paquete de las ofrecidas por el Patrimonio Autónomo Zeus, que le correspondían según | NO ES CIERTO. No hay ratificación tal y como se describió en el hecho dos. La manifestación del 27 de septiembre de 2016 no es un medio idóneo para que el demandante ejerza su | ES CIERTO que el 10 de octubre de 2016 se recibió en las instalaciones de ZOFANCA comunicación de la voluntad expresa de hacer “uso del derecho preferencial sobre el | NO ES CIERTO. Para el suscrito es claro, y así se deriva de la comunicación que de conformidad con el procedimiento establecido en los | NO NOS CONSTA. Mediante oficio del 6 de octubre, recibido por ZOFRANCA ese mismo día, COMAI comunico formalmente su | NO ES CIERTO. La comunicación donde POLYBAN manifiesta hacer uso de su derecho de preferencia de fecha 6 de octubre se recibió el 10 de octubre de 2016 |
|---|---|---|--|---|---|

la proporción respectiva.

derecho de preferencia.

porcentaje que nos Estatutos Sociales de aceptación de la por ZOFRANCA por lo
corresponda, del paquete de ZOFRANCA POLYBAN compra de acciones. cual es extemporánea,
203 acciones ofrecidas por manifestó su intención pues se recibió 3 días
el PATRIMONIO de compra de las después de que había
AUTÓNOMO ZEUS acciones ZEUS hasta vencido el plazo que era
INVESTMENTS INC el 10 de octubre de el 7 de octubre de 2016.
SUCURSAL COLOMBIA 2016 pues expresó en
CARTAGENA SHRIMP la comunicación: “(...) *manifiesto que, si*
CO.S EN LIQUIDACIÓN *haremos uso del*
POR ADJUDICACIÓN , al *“derecho de*
precio ofertado de *preferencia”, sobre el*
\$4.566.393,17 por acción” *porcentaje que nos*
corresponda (...)”

NO ES CIERTO que con esa
comunicación se reiterara lo
transmitido en la junta
directiva del 27 de
septiembre de 2016, pues
además en la comunicación
del 10 de octubre determina
que le da **“alcance a la
comunicación recibida el**

No es una reiteración de
su aceptación de la
oferta.

15 de septiembre de 2016”,
sin menciona lo manifestado
en la junta directiva.

Téngase como confesión por parte del demandante este hecho pues reconoce la falta de vinculatoriedad de la manifestada “intención” de realizar una compra de acciones del día 27 de septiembre de 2016. El demandante reconoce implícitamente que los actos anteriores a la carta de aceptación del 6 de octubre de 2016 no tenían fuerza vinculante, y que además dicha aceptación fue presentada extemporáneamente.

CUARTO. En comunicación del diez (10) de octubre de 2106 ZOFRANCA informó a la sociedad FIDUAGRARIA, en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Zeus, que OTM SAS, Juan Carlos Velez, Compounding and Mastebatching Industry Limitada (COMAI), y POLYBAN, emitieron comunicación para ejercer el derecho de preferencia en la compra de las acciones ofertadas: dejando la salvedad de que la sociedad POLYBAN supuestamente había manifestado su intención de compra de forma extemporánea, según lo establecen los estatutos sociales, **lo cual no es cierto.** POLYBAN manifestó su decisión de compra de manera clara e inequívoca dentro del término previsto en os estatutos sociales; resaltando que estos no estipulan o exigen un ,dío o formalidad determinada para que los accionistas manifiesten su intención de adquirir las acciones ofertadas, resultando válida la manifestación formulada por POLYBAN directamente al representante

CIERTO la primera parte, pero no es cierto que el documento de ZOFRANCA se falte a la realidad d la situación de POLYBAN, puesto que esta sociedad dio uso de manera extemporánea del ejercicio al derecho de preferencia para la adquisición de las acciones, en fecha 6 de octubre de 2016 recibido el 10 de octubre de 2016.

El comentario del Dr. Jaime Alberto Restrepo en la reunión de junta directiva del 27 de sept de 2016 fue una solicitud de información necesaria para que los accionistas tuvieran los elementos de juicio

ES CIERTO la comunicación del 10 de octubre de ZOFRANCA a FIDUAGRARIA sobre los accionistas que remitieron comunicación aceptando la oferta de venta de las acciones en su proporcionalidad, indicando la fecha de cada una de ellas, señalando las recibidas dentro y fuera del plazo de la oferta.

NO ES CIERTO que con la manifestación de POLYBAN en la junta directiva era suficiente para declarar la aceptación de la oferta pues de ella solo se desprendió la intención o propósito de realizar la compra de

ES CIERTA LA COMUNICACIÓN DE ZOFRANCA me atengo a la literalidad de la comunicación y lo establecido en los estatutos.

NO NOS CONSTA.

PARCIALMENTE CIERTO.

Cierto el escrito de ZOFRANCA pero NO ES CIERTO lo que expresa al respecto POLYBAN de restarle validez a la comunicación que expresa lo acaecido en el tramite de venta de las acciones de ZEUS, quedando demostrado la extemporaneidad a la que incurrió POLYBAN por su comunicación radicada fuera del plazo de 15 días.

legal ZOFRANCA en curso de la reunión de Junta Directiva de fecha veintisiete (27) de septiembre de 2016 y que además esta manifestación se encuentra plasmada en el acta No.143 el cual es un medio idóneo para manifestar la intención a que se refieren los estatutos sociales.

necesarios.

Adicionalmente, la reunión no es el escenario, instituido por ley o los estatutos, para el ejercicio del derecho de preferencia como lo quiere hacer valer el demandante, debiendo aceptar las consecuencias suscitadas en torno a la formalización del derecho de preferencia para la adquisición de las acciones dada en la comunicación del 6 de octubre de 2016, recibida en ZOFRANCA el 10 de octubre de 2016.

acciones sin que eso perfeccionara la convención pues que al haber sido una oferta escrita su aceptación debe ser por escrito también tal y como indica el art. 864 del Cco y de manera oportuna.

El demandante además no puede desconocer la costumbre observada por la sociedad, en la oferta de la venta de acciones que ha sido regulado por el artículo 10 de los estatutos, por su repetida práctica, suficientemente conocida por el conglomerado social y especialmente por POLYBAN, que la aceptación de la oferta de la

venta de las acciones, se realiza mediante comunicación escrita dirigida al representante legal de la sociedad. Tanto es el conocimiento de POLYBAN de la vinculatoriedad de esta practica que remitió escrito el 10 de octubre del 2016 aceptando la oferta.

En cuanto al valor probatorio de las actas, de la junta directiva, estas operan únicamente en relación con las decisiones tomadas por el máximo órgano social sometidas a aprobación, la manifestación de PLYBAN dentro de la sesión y consignada en acta, no fue sometida a aprobación de

sus miembros.

QUINTO. En la reunión de Junta Directiva de ZOFRANCA el cinco (5) de diciembre de 2016, según consta en acta No. 144, el representante legal de POLYBAN lee los apartes pertinentes de la Cláusula Décima (“Negociación de acciones” indicando que la oferta de acciones enviada por la administración a cada accionista es: “para que manifiesten si están o no interesados en ejercer su derecho de preferencia dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la comunicación” (literal b) lo cual es ratificado en el literal c)”, y que la manifestación de POLYBAN de intención de compra de las ofertas de ZEUS y de Guillermo Sanclemente, son válidas: lo manifestado en la reunión del 27 de septiembre de 2016, dentro de los plazos para responder y que consta en el Acta 143 que fue debidamente aprobada.

Es cierto que en la junta directiva del 5 de diciembre de 2016 se discutió sobre el proceso de venta de acciones y se concluyó que se debía hacer una revisión de los estatutos para aclarar el contexto. Pero la interpretación de POLYBAN busca enmendar el error de enviar la comunicación de manera extemporánea.

NO ES UN HECHO. El representante legal de POLYBAN leyó en la sesión del 5 de diciembre de 2016, el artículo 10 de los estatutos sociales y reitero lo informado en la sesión del 27 de septiembre de 2016.

NO ES CIERTO que esas manifestaciones perfeccionaran la convención si la expedición de una respuesta y su recibo por la parte oferente pues se requiere de una aceptación escrita como indica el artículo 851 del código de comercio, y que sea recibida por el proponente dentro del

NO ME CONSTA QUE SE PRUEBA. Mi esa reunión se representada no pertenece a la Junta Directiva.

NO NOS CONSTA. E esa reunión se discutió sobre la clausula 10 de los estatutos sociales.

PARCIALMETNE CIERTO. Ciertamente la reunión del 5 de diciembre de la junta directiva y donde se leyó la clausula 10 de los estatutos sociales.

NO ES CIERTO lo que indica el demandante de que en ningún aparte de los Estatutos leídos, se colige que la aceptación de la oferta que hagan los accionistas que ejercieron el derecho de preferencia deba realizarse mediante carta, ni prohíbe el correo electrónico y otro mecanismo de

Al 5 de diciembre ninguno de los otros accionistas interesados en compra había pagado al Patrimonio Autónomo Zeus, administrado por FIDUAGRARIA, el precio correspondiente.

pazo de la oferta.

notificación idóneo, pues de la sola lectura del literal d del ismo artículo se concluye sin asumo de dudas que el medio estipulado es la comunicación escrita y no un acta de junta directiva.

NO ME CONSTA la afirmación de que los accionistas no hubieran pagado.

SEXTO. El 7 de diciembre de 2016 FIDUAGRARIA comunicó a los accionistas que ejercieron su derecho de preferencia, a excepción de POLYBAN, la forma en que debían consignar los recursos en virtud de la venta, por demás ilegal, de las acciones.

No hay prueba del documento, sin embargo, este hecho es irrelevante puesto que esta demostrado que POLYBAN ejerció su derecho de referencia de manera extemporánea.

NO ME CONSTA. Sin embargo, tachar por demás de ilegal la venta de las acciones en este hecho es una apreciación jurídica de la actora carente de fundamento y validez.

PARCIALMENTE ES CIERTO. Se dio respuesta a los accionistas que ejercieron el derecho de preferencia de manera oportuna. NO ES CIERTO que la venta de las acciones de ZEUS haya sido ilegal.

NO NOS CONSTA. El 7 de diciembre de 2016 FIDUAGRARIA comunico a COMAI la aceptación de la oferta economía e informo la forma de pago de las acciones en virtud de la venta de las mismas que bajo ningún entendido se reputa ilegal. No conocemos

ES CIERTO exceto la expresión “por demás ilegal” pues el tramite de compraventa de acciones realizada por FIDUAGRARIA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Zeus, por intermedio de ZOFACNA se realizo con el lleno de los requisitos establecidos en el artículo décimos de

En comunicación del 30 de enero de 2017, FIDUAGRARIA, con ocasión de los recursos obtenidos de los accionistas OTM SAS, COMAI y el señor Juan Carlos Lemaitre Velez los días 9/1/2016, 29/12/2016, y

NO ME CONSTA que en comunicación del 30 de enero de 2017, FIDUAGRARIA, efectuó la

16/12/2016 respectivamente, efectuó la devolución del título original No. 305 a ZOFRANCA SA, "con el fin de que se realice el trámite referente al reemplazo del titular de los mismos por los nuevos propietarios de las acciones y la correspondiente inscripción en el libro de accionistas"

devolución del título original No. 305 a ZOFRANCA SA, "con el fin de que se realice el trámite referente al reemplazo del titular de los mismos por los nuevos propietarios de las acciones y la correspondiente inscripción en el libro de accionistas"

la comunicación del 30 de enero de 2017. Por lo tanto, NO ES ILEGAL.

SÉPTIMO. POLYBAN mediante comunicación del 1 de febrero de 2017 solicitó a ZOFRANCA el respeto por el ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones ofrecidas por el Patrimonio Autónomo Zeus, toda vez que POLYBAN manifestó su aceptación conforme lo establecen los estatutos, lo cual consta en acta 143. Que además POLYBAN no fue requerida y/o informada del procedimiento para pagar las acciones que le correspondían y así poder continuar con

El hecho de que la parte demandante haya expresado su inconformidad no subsana que presentó su aceptación de la oferta fuera del término establecido en el artículo 10 de los estatutos.

El segundo párrafo NO LE CONSTA

NO ES CIERTO que ZOFRANCA haya sido irrespetuosa en su conducta con la solicitud realizada por POLYBAN pues su actuación simplemente se limitó a informar a FIDUAGRARIA los socios que manifestaron su interés en hacer uso del derecho de preferencia, así como la fecha de recibo de cada una

NO ME CONSTA.

NO NOS CONSTA.

NO ES CIERTO. Que el demandante haya manifestado su aceptación de la oferta remitida el 13 de septiembre de 2016 de manera extemporánea no significa que le hayan irrespetado a la Demandante su ejercicio del derecho de preferencia.

los demás trámites correspondientes.

Adicionalmente, POLYBAN hace referencia a OTM SAS manifestando que “no es de recibo que un accionista que aceptó las ofertas así transmitidas por el representante legal de ZOFRANCA SA ahora pretenda desconocer su eficacia, y, y mucho menos que desconozca el proceso para pretender que le sean adjudicados todas las acciones ofrecidas, como si hubiera sido el único accionista aceptante”

de ellas, señalando que POLYBAN había remitido su respuesta con fecha fuera del plazo de la oferta.

NO ES CIERTO que OTM SAS haya pretendido desconocer la eficacia y el proceso para procurar que le sean adjudicadas todas las acciones ofrecida como si hubiera sido el único accionista aceptante. Es FALSO, por el contrario, OTM SAS se sometió a lo que establecen los estatutos y manifestó su aceptación mediante comunicación escrita.

OCTAVO. Mediante comunicación de 13 de febrero de 2017, POLYBAN comunicó a ZOFRANCA SA su oposición a la anotación de la transferencia de las doscientas tres (203) acciones del Patrimonio Autónomo Zeus en el Libro de Accionistas; reiterando

Este hecho no subsana que POLYBAN no haya presentado la aceptación de la oferta en el termino exigido por lo estatutos para adquirir las acciones que le

NO ES UN HECHO, sin embargo, ZOFRANCA obedeció a la orden escrita del enajenante la inscripción en el libro de registro de accionistas de los nuevos

No me consta

NO NOS CONSTA

NO ES CIERTO que la demandante haya manifestado su aceptación conforme a los estatutos como ya se explicó, pues contraría el

que PPLYBAN ya había manifestado su correspondían. intención de adquirir las acciones y no era ajustado a Derecho la razón por la cual fue excluida del grupo de accionistas adquirentes de las acciones.

titulares de las acciones por haberse celebrado entre ellos el contrato. La conducta de ZOFRANCA fue ajustada a derecho, quien siguió la determinación del oferente al comunicar su oferta por escrito, determino el medio idóneo para comunicarla, además en cumplimiento de lo plasmado en el literal b del artículo 10 de los estatutos sociales. Al ser la oferta comunicada por medio escrito, su aceptación impone la obligación de enviar respuesta al proponente y que el oferente la reciba dentro de los términos.

literal d de la cláusula 10. Este HECHO expresado por el demandante es totalmente falso.

NOVENO. El 22 de mayo de 2017 ES CIERTO

ES CIERTO

ES CIERTO

ES CIERTO

PARCIALMENTE

POLYBAN presentó solicitud de conciliación ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, pero no hubo animo conciliatorio.

CIERTO. La audiencia se celebró el 16 de junio de 2017 y quedó plasmado la imposibilidad de obtener acuerdo conciliatorio. Pero no nos consta que la demandante haya generado acercamientos previos.

Adicionalmente, en virtud del pacto arbitral, el trámite de audiencia conciliación promovido hoy por la demandante es improcedente.

DÉCIMO. El contrato de compraventa de acciones entre Patrimonio Autónomo Zeus y POLYBAN se reputa perfeccionado pues concurren las voluntades de las partes en torno a su objeto: (1) se realizó una oferta de compra y POLYBAN se comprometió a vender las acciones. **NO ES CIERTO ESTA INTERPRETACION.** Pues se dirige a enmendar el error cometido por POLYBAN de presentar de manera **NO ES UN HECHO.** La comunicación de la oferta fue por escrito, al ser **NO ES UN HECHO SINO APRECIACIONES SUBJETIVAS DEL ACTOR.** Esta **NO ES CIERTO-** La manifestación de POLYBAN el 27 de septiembre de 2016 en la junta directiva, **NO ES CIERTO.** No se celebró contrato de compraventa entre ZEUS y POLYBAN, pues no existió aceptación

del titular de las acciones, (ii) se realizó una aceptación, pura y simple por el destinatario de la oferta.

extemporánea la aceptación comunicada por apreciación busca no fue una oportuna de la oferta y la de la oferta. La negociación correspondencia, El confundir a los árbitros declaración de expresión consignada en de acciones no se encuentra destinatario de la oferta no o llevar a una aceptación o voluntad un acta de la junta perfeccionada, pues se se puede limitar a declarar convicción errada en el definitiva de celebrar directiva no es la forma reitera que la junta directiva solo su voluntad de proceso adelantado por el contrato de estipulada por los se reúne para tomar aceptarla, sino que le ZOFRANCA cuando compraventa de estatutos sociales de determinaciones necesarias impone la obligación de informó por medio acciones, sino una ZOFRANCA. en orden a que la sociedad aceptarlo por escrito (art. escrito a los accionistas expresión de su posible intención de El acta según el artículo cumpla sus fines (Art 438 del 851 Cco. Directamente al sobre la posibilidad que compra. Su 189 del Cco indica que el Cco.) y que el Dr. Jaime lugar de la residencia del tenían para ejercer su aceptación se papel de las actas es la Alberto Restrepo, comento, proponente y ser recibida derecho de preferencia manifestó ene I de consignar los hechos entre otras cosas su dentro de los términos de la para la compra de las escrito del 10 de ocurrido en la junta y las intención de comprar lo que duración de la oferta y solo acciones del octubre de 2016. de decisiones adoptadas en le correspondía, solicitando así es que se forma el fideicomiso. Fue solo cuando social, pero nunca para informara del valor intrínseco de la acción, señalando el POLYBAN radicó de sustituir lo establecido en mismo serio Restrepo, que manera extemporánea los estatutos sociales de esa información era su intención de una sociedad, salvo que necesaria para que los compra, que se excuso en ellos expresamente accionistas tuvieran en una supuesta se disponga que las elementos de juicio para intención expresada en actas de junta directiva

tomar una decisión.

Es tan claro lo anterior, que POLYBAN a través de su representante legal, el señor Restrepo, seguramente cuando tenía los elementos de juicio, manifestó aceptación de la oferta el 6 de octubre de 2016, recibido en ZOFRANCA el 10 de octubre de 2016, de manera extemporánea.

la junta directiva del 27 de septiembre de 2016, sin que se haya concretado una seria intención y propuesta económica.

sea el medio para comunicar la intención de compra de acciones por parte de los accionistas. El acta No. 143 no puede suplir lo establecido en el literal d de la cláusula 10 de los estatutos sociales que indica la forma como deben los accionistas dar las noticias de su voluntad de adquirir las acciones, es decir por comunicación escrita proveniente del interesado, excluyendo cualquier otro medio.

La comunicación de fecha 6 de octubre, pero recibida el 10 de octubre de 2016 es

EXTEMPORANEA.

NO ES CIERTO que la transferencia el contrato de compraventa se las acciones no sea ajustado a la ley y a los estatutos de ZOFRANCA pues se celebro con el lleno de los requisitos estatutarios, contrario al demandante que no cumplió con el requisito de manifestar su aceptación dentro del termino definido.

NO ES CIERTO QUE las enajenaciones estén viciadas de nulidad por cuanto OTM SAS se sometió a lo establecido en los estatutos sociales,

y manifestó su aceptación por comunicación escrita tal como dispone el literal d de la clausula 10 de los estatutos.

11. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Con el propósito de hacer pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones, excepciones y argumentos presentados en los alegatos de conclusión, se dividirán las consideraciones, así:

1. El pacto de preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A.
2. La conducta de los accionistas dentro del procedimiento de preferencia en la negociación de las acciones ofrecidas por PA Zeus.
3. La inexistencia del contrato de compraventa de acciones entre Polyban y PA Zeus.
4. Las nulidades y/o "ilegalidades" solicitadas por la convocante.
5. Consideraciones específicas en relación a las pretensiones y excepciones.

11.1. El pacto de preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A.

Con el objetivo de determinar las condiciones y efectos del pacto de preferencia en la negociación de acciones presente en los estatutos de ZOFRANCA S.A., se realizará un breve estudio de la institución del pacto de preferencia en la negociación de acciones en Colombia; para en segundo lugar, determinar, de acuerdo al contenido de los estatutos, las condiciones particulares y alcance de dicho pacto.

11.1.1. Consideraciones generales sobre la institución del pacto de preferencia en la negociación de acciones en Colombia.

El pacto general de preferencia, consagrado en el artículo 862 del Código de Comercio Colombiano⁹², es un contrato preparatorio por medio del cual una persona (llamada otorgante) se obliga a preferir a otra persona (llamada beneficiario) en la celebración de un determinado contrato, siempre que el otorgante decida realizarlo y el beneficiario iguale las condiciones establecidas en el contrato y/o por un tercero. El pacto de preferencia, a diferencia de otros contratos preparatorios (como el contrato de promesa de contrato), no obliga al otorgante a contratar, él es libre de decidir si contrata o no. Sin embargo, en caso de decida hacerlo, estará obligado a preferir al beneficiario en las condiciones establecidas en el pacto.

En tratándose de sociedades por acciones, el pacto de preferencia adquiere gran importancia, pues este permite que sus accionistas tengan la oportunidad de: (i) mantener su proporción de participación ante una

⁹² "El pacto de preferencia, o sea aquel por el cual una de las partes se obliga a preferir a la otra para la conclusión de un contrato posterior, sobre determinadas cosas, por un precio fijo o por el que ofrezca un tercero, en determinadas condiciones o en las mismas que dicho tercero proponga, será obligatorio. El pacto de preferencia no podrá estipularse por un término superior a un año.

Si la preferencia se concede en favor de quien esté ejecutando a virtud de contrato una explotación económica determinada, el anterior plazo se contará a partir de la expiración del término del contrato en ejecución.

Todo plazo superior a un año quedará reducido, de derecho, al máximo legal."

eventual emisión de acciones o (ii) que las acciones queden en poder de la sociedad o de los demás accionistas. Dada esta importancia práctica nuestra legislación societaria consagra dos regímenes especiales de este pacto: el pacto de preferencia en la suscripción de acciones y el pacto de preferencia en la negociación de acciones.

El pacto de preferencia en la suscripción de acciones, también llamado derecho de preferencia en la suscripción de acciones y consagrado en el artículo 388 del Código de Comercio⁹³, es un sistema consistente en que, “cada vez que la sociedad libere acciones reservadas, mediante un proceso de emisión, tales acciones deberán ofrecérseles preferentemente a los accionistas, quienes tendrán derecho a suscribirlas en proporción a las que cada uno tenga en el momento en que se formule la oferta” (Reyes Villamizar, 2016, pág. 45).

El pacto de preferencia en la negociación de acciones, también llamado derecho de preferencia en la negociación de acciones y consagrado en el artículo 407 del Código de Comercio⁹⁴, es una excepción al régimen general de libre negociabilidad de las acciones consagrado en los artículos 379 y 401 del mismo cuerpo normativo⁹⁵ y “consiste, pues, en estipular en los estatutos de la sociedad que si un accionista

⁹³ Art. 388 C de Co.: “Los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones, una cantidad proporcional a las que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento. En éste se indicará el plazo para suscribir, que no será inferior a quince días contados desde la fecha de la oferta.

Aprobado el reglamento por la Superintendencia, dentro de los quince días siguientes, el representante legal de la sociedad ofrecerá las acciones por los medios de comunicación previstos en los estatutos para la convocatoria de la asamblea ordinaria.

Por estipulación estatutaria o por voluntad de la asamblea, podrá decidirse que las acciones se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia, pero de esta facultad no se hará uso sin que ante la Superintendencia se haya acreditado el cumplimiento del reglamento.”

⁹⁴

Art. 407 C de Co.: “Si las acciones fueren nominativas y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados y, si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes o, en su defecto, por el respectivo superintendente. No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la presente norma. Mientras la sociedad tenga inscrita sus acciones en bolsas de valores, se tendrá por no escrita la cláusula que consagre cualquier restricción a la libre negociabilidad de las acciones.”

⁹⁵

Art. 379 C de Co.: “Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:

(...)

3) El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos; (...)”

Art. 401 C de Co.: “Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes:

1) Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular;

2) Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia;

pretende enajenar total o parcialmente sus acciones, ha de ofrecerlas primero a la misma compañía o a los demás accionistas, por conducto del representante legal, para que dentro de un término preestablecido manifiesten si tiene interés en adquirirlas” (Narváez García, 1993 en Concepto 220-66656 Superintendencia de Sociedades). Como excepción a la regla general “se lo puede considerar como un elemento accidental del contrato social. Es decir, que tal cláusula no se entiende incorporada a los estatutos, sino que la deben pactar en forma expresa los constituyentes, de modo que quede excluida la libre negociación de acciones” (Reyes Villamizar, 2016, pág. 45).

En cuanto al contenido y la forma de ejercer el derecho de preferencia en la negociación de acciones el citado artículo 407 de nuestra normativa comercial deja en manos de la autonomía de la voluntad de los accionistas para que, mediante los estatutos sociales, fijen “los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo”⁹⁶.

En suma, el pacto de preferencia en Colombia es un contrato preparatorio que obliga al otorgante a preferir al beneficiario en caso de decidir celebrar un contrato, siempre que se cumplan con las condiciones en él estipuladas. En materia societaria el pacto de preferencia posee dos regímenes especiales, la preferencia en la suscripción de acciones y la preferencia en la negociación de acciones. En cuanto al pacto de preferencia en la negociación de acciones, eje central temático del presente debate arbitral, la normativa colombiana lo establece como un elemento accidental del contrato social en las sociedades de acciones, que de ser pactado, otorga el derecho para que los socios, la sociedad o ambos, sean preferidos en caso de que un propietario de acciones decida enajenarlas total o parcialmente y tiene como finalidad, que las acciones puedan quedar en poder de la sociedad o de los demás accionistas antes que en manos de terceros. El alcance y forma de ejercer el derecho de preferencia en la negociación de acciones, por expreso mandato legal, debe ser establecido en cada caso particular dentro de los estatutos sociales.

11.1.2. Condiciones particulares y alcance del derecho preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A.

Con el objetivo de determinar las condiciones particulares y el alcance del derecho preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A., así como, el de profundizar sobre aquellas condiciones

3) Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general, y

4) Las acciones gravadas con prenda, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor.”

⁹⁶ En palabras de Francisco Reyes Villamizar: “Si en los estatutos se consagra el derecho de preferencia, pero no se estipula expresamente la forma como habrá de operar, se aplicará el artículo 407 del mismo Código, que consagra un mecanismo supletivo de la voluntad de los accionistas. En dicha norma se establecen todos los trámites que deben cumplirse para tal efecto”. (Reyes Villamizar, 2016, pág. 475)

debatidas en este tribunal de arbitramento, en primer lugar se hará referencia a las condiciones no debatidas por las partes, para en segundo lugar referimos a las condiciones debatidas por las partes, esto es, la segunda vuelta y la forma solemne en la manifestación de la voluntad de adquirir las acciones.

11.1.2.1. Derecho de preferencia en la negociación de acciones en los estatutos de ZOFRANCA S.A. y aspectos sobre los que no existen divergencias.

El artículo décimo de los estatutos de ZOFRANCA S.A. estipula el derecho de preferencia en la negociación de acciones de la siguiente manera:

“ARTÍCULO DÉCIMO NEGOCIACION DE LAS ACCIONES: Las acciones son negociables conforme a la ley, con la limitación del derecho de preferencia establecido en estos estatutos. Los accionista (sic) podrán enajenar libremente sus acciones, pero para la validez de cualquier transferencia es necesario el previo lleno de los siguientes requisitos:

- a) El socio que proyecta enajenar sus acciones o parte de ellas a los accionista (sic) o a la sociedad dirigirá a la sociedad con expresión de las condiciones en que se va efectuar la venta de las acciones. La cual tendrá que estar aceptada por el presunto adquirente, quien firmará igualmente la referida comunicación y quien deberá someterse a la aprobación de la Junta Directiva o de la Asamblea General.
- b) Desde la fecha de recibo de la comunicación indicada, la sociedad comunicará a todos los accionistas dentro de los 3 días siguientes a la operación proyectada y las condiciones de ellas, para que manifiesten si están interesados o no en ejercer su derecho de preferencia dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la comunicación.
- c) Si dentro de los plazos señalados, la sociedad y alguno o algunos de los accionistas manifiestan su intención de adquirir las acciones, se preferirá en primer término a los accionistas interesados en la negociación distribuyéndose las acciones en proporción al número que cada uno de ellos posea. Lo mismo se aplicará cuando la sociedad manifieste interés en adquirir solo una parte de las acciones que se le ofrecen.
- d) Si los accionistas o la sociedad que hubieren manifestado su intención de adquirir las acciones, consideran demasiado onerosa las condiciones de la enajenación proyectada, y así lo comunican al enajenante en la carta en que dan noticias de su voluntad de adquirir las acciones, se procederá a establecer el precio por medio de peritos nombrados por las partes o en su defecto por la Superintendencia de Sociedades. Hecha la regulación en dinero, la operación es obligatoria para todas las partes por un precio fijado por los peritos, pues se estima que la enajenación proyectada, cualquiera sea su índole, se resuelve en una compraventa, cuyo precio queda a arbitrio de tales peritos.
- e) En caso de que ninguno de los accionistas manifiesta intereses (sic) en adquirir las acciones, la adquirirá la sociedad quien ejercerá su derecho de preferencia cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley.

PARAGRAFO PRIMERO Para que la enajenación de las acciones produzca efectos respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el Libro de Registro de Acciones mediante orden escrita del enajenante, es decir, una carta de traspaso, o bajo la formalidad del endoso respectivo. En las ventas forzadas y en las adjudicaciones judiciales de las acciones, el registro se hará mediante exhibición del original o de la copia autentica de los documentos pertinentes en que se contenga la orden o comunicación de quien legalmente deba hacerlo.

Para hacer la nueva inscripción y expedir el título al adquirente, será necesaria la previa cancelación de los títulos expedidos al tradente o propietario anterior.⁹⁷

Considerando la cláusula transcrita, así como lo expuesto por las partes procesales en las distintas etapas del proceso arbitral, se puede determinar que convocante y convocados se han abstenido de plantear diferencias sobre los aspectos que se mencionan a continuación.

1. Existe derecho de preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A.
2. El derecho de preferencia en la negociación de acciones se encuentra establecido a favor de los accionistas y la sociedad.
3. El procedimiento para agotar el derecho de preferencia inicia con una comunicación del accionista que pretende enajenar sus acciones, dirigida a la sociedad, con expresión de las condiciones en que se va efectuar la venta de las acciones.
4. Hecho lo anterior, la sociedad comunicará a todos los accionistas dentro de los 3 días siguientes a la operación proyectada y las condiciones de ellas, para que manifiesten si están interesados o no en ejercer su derecho de preferencia dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la comunicación.
5. Manifestada la intención de adquirir las acciones por los socios o la sociedad, se distribuirán en proporción a su participación y se preferirán los accionistas sobre la sociedad.
6. En caso de que los accionistas consideren demasiado onerosa las condiciones de la enajenación proyectada y lo hayan comunicado en su carta en que dan noticias de su voluntad de adquirir las acciones, se dejará la determinación del precio en manos de peritos.
7. En caso de que ninguno de los accionistas manifieste interés en adquirir las acciones, las adquirirá la sociedad.

Siendo los anteriores puntos pacíficos para este tribunal y dejando claro que ninguno de ellos fueron puestos en duda por las partes, se enfocarán los esfuerzos en abordar los puntos que si son debatidos por los

⁹⁷ Escritura Pública No 1975 de 2008 Notaria 5 de Cartagena

extremos procesales: La necesidad de realizar una segunda vuelta dentro del procedimiento de preferencia y la forma en que debe manifestarse la voluntad de adquirir acciones.

Conviene señalar que si bien la primera de las excepciones propuestas por JUAN CARLOS LEMAITRE VELÉZ se tituló “inexistencia del derecho de preferencia”, su contenido en realidad cuestiona la oportunidad para el ejercicio de dicho derecho, pero no la existencia del mismo.

11.1.2.2. Lo debatido del derecho de preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A.

En el presente trámite arbitral existen ciertas condiciones particulares del derecho de preferencia estipulado en los estatutos de ZOFRANCA S.A, que por ser fundamentales a la hora de acoger o no las pretensiones de la convocante, han sido materia de debate por las partes. Estas son: (i) la necesidad de realizar una segunda vuelta dentro del procedimiento de preferencia en la negociación de acciones, (ii) la forma en que debe manifestarse la voluntad de adquirir acciones y (iii) ZOFRANCA S.A. como aceptante dentro del procedimiento de preferencia en la negociación de acciones.

11.1.2.2.1. La necesidad de realizar una segunda vuelta dentro del procedimiento de preferencia en la negociación de acciones.

La parte convocante, en sus alegatos de conclusión, considera que se trasgredió el derecho de preferencia por no haber realizado una segunda vuelta dentro del procedimiento de preferencia.

Este argumento no es de recibo porque, como ya se mencionó en el aparte (10.1.1) de este laudo arbitral, el derecho de preferencia en la negociación de acciones es una excepción a la regla general que considera a las acciones como un activo de libre negociación⁹⁸. Partiendo de la naturaleza exceptiva del derecho de preferencia se debe entender que, una vez agotado procedimiento de preferencia pactado en los estatutos,

⁹⁸

Art. 379 C de Co.: “Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:

(...)

3) El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos; (...)”

Art. 401 C de Co.: “Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes:

- 1) Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular;
- 2) Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia;
- 3) Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general, y
- 4) Las acciones gravadas con prenda, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor.”

las acciones son libremente negociables y por ende, el accionista interesado en enajenarlas tendrá derecho a cederlas a su voluntad.

Partiendo de lo anterior se debe preguntar ¿Existe pacto de segunda vuelta en el procedimiento de preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A? Suponiendo que la respuesta fuere positiva, es claro que el derecho de preferencia en la negociación de acciones se hubiera visto trasgredido. Sin embargo, teniendo en cuenta que el pacto de preferencia en la negociación de acciones transcrito en el aparte anterior nada dice sobre la necesidad de una segunda vuelta y que la regla general en materia de negociación de acciones es la libre negociabilidad, se concluye que una vez realizada la “única” vuelta pactada en los estatutos, PA Zeus era libre de negociar las acciones no adquiridas por los demás accionistas a su voluntad.

La solemnidad pactada no incluye una segunda vuelta y está probado según se expondrá, que los accionistas involucrados en la negociación de que trata este proceso agotaron dicha solemnidad y, que las acciones sobrantes fueron negociadas con algunos de quienes adquirieron acciones en la “única vuelta” prevista para agotar la preferencia.

De tal manera, la negociación de las acciones una vez agotado el procedimiento previsto para tal efecto en los estatutos, que se repite es excepcional, las acciones que se negociaron con posterioridad al agotamiento de la única vuelta de preferencia, debe entenderse que se rigieron bajo la regla general de la libre negociación, pues no existe ningún elemento en el expediente que permita poner en duda la validez de tal negociación.

11.1.2.2.2. La forma en que debe manifestarse la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones pactado en los estatutos de ZOFRANCA S.A.

Uno de los problemas jurídicos más importantes de esta Litis es el relativo a la forma en que debía manifestarse la voluntad de adquirir las acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones pactado en los estatutos de ZOFRANCA S.A. Con el objetivo de solucionar este problema jurídico, en primer lugar se identificará la ambigüedad de los estatutos de ZOFRANCA S.A. en cuanto a la forma en que debe manifestarse la voluntad de adquirir las acciones, en segundo lugar, se estudiará cómo debe interpretarse dicha ambigüedad, y finalmente, en tercer lugar, se establecerá la validez y efectos de este tipo de este tipo de formalidades de acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano.

11.1.2.2.1. La ambigüedad relacionada a la forma en que debe manifestarse la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones.

El artículo décimo de los estatutos de ZOFRANCA S.A. encargado de regular el derecho de preferencia en la negociación de acciones, contiene las estipulaciones relacionadas a la forma en que un accionista interesado en ejercer su derecho de preferencia, debe manifestar su voluntad de adquirir las acciones.

Con base en ella, la convocante sostiene que, el pacto de preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A no contiene formalidad alguna. Esto pues, los apartes subrayados de los literales b) y c) del artículo décimo de los estatutos⁹⁹ no establecen forma alguna para la manifestación de la voluntad de adquirir las acciones¹⁰⁰.

Con base en esta misma cláusula OTM S.A.S. sostiene que, de acuerdo al literal d) del artículo décimo de los estatutos¹⁰¹, si existe formalidad para la manifestación de la voluntad de adquirir las acciones, pues este se refiere a la “carta en que dan noticias de su voluntad de adquirir las acciones”, entendiéndose entonces que la

⁹⁹ “**ARTÍCULO DÉCIMO NEGOCIACION DE LAS ACCIONES:**

(...)

- b) Desde la fecha de recibo de la comunicación indicada, la sociedad comunicará a todos los accionistas dentro de los 3 días siguientes a la operación proyectada y las condiciones de ellas, **para que manifiesten si están interesados o no en ejercer su derecho de preferencia dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la comunicación.**
- c) **Si dentro de los plazos señalados, la sociedad y alguno o algunos de los accionistas manifiestan su intención de adquirir las acciones,** se preferirá en primer término a los accionistas interesados en la negociación distribuyéndose las acciones en proporción al número que cada uno de ellos posea. Lo mismo se aplicará cuando la sociedad manifieste interés en adquirir solo una parte de las acciones que se le ofrecen.” (Negrilla fuera de texto).

¹⁰⁰ Hecho cuarto de la demanda arbitral.

¹⁰¹ “**ARTÍCULO DÉCIMO NEGOCIACION DE LAS ACCIONES:**

(...)

- d) **Si los accionistas o la sociedad que hubieren manifestado su intención de adquirir las acciones, consideran demasiado onerosa las condiciones de la enajenación proyectada, y así lo comunican al enajenante en la carta en que dan noticias de su voluntad de adquirir las acciones,** se procederá a establecer el precio por medio de peritos nombrados por las partes o en su defecto por la Superintendencia de Sociedades. Hecha la regulación en dinero, la operación es obligatoria para todas las partes por un precio fijado por los peritos, pues se estima que la enajenación proyectada, cualquiera sea su índole, se resuelve en una compraventa, cuyo precio queda a arbitrio de tales peritos.

(...)” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

expresión verbal del representante legal de Polyban ante la Junta Directiva de ZOFRANCA S.A. no era el medio idóneo para tal fin¹⁰².

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española “ambiguo” es aquello “[q]ue puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión”. Considerando que las interpretaciones contradictorias anteriormente enunciadas tienen sustento en el mismo texto y que ninguna de ellas puede descartarse por irrazonable o caprichosa, es claro que se está frente a una estipulación ambigua, pues puede interpretarse de dos formas diferentes y contradictorias: un sentido en el que es necesaria la formalidad de la carta para manifestar la intención de adquirir las acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones y otra en la que no.

11.1.2.2.2.2. La interpretación del artículo décimo de los estatutos de ZOFRANCA S.A sobre la forma en que debe manifestarse la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones.

Con el objetivo de solucionar la ambigüedad presente en la citada estipulación estatutaria, en primer lugar, se describirán brevemente los métodos de interpretación de los contratos consagrados en la legislación colombiana, para en segundo lugar, aplicar dichos métodos de interpretación en el caso concreto.

11.1.2.2.2.2.1. Los métodos de interpretación de los contratos consagrados en la legislación colombiana.

Consciente de la posibilidad de que los sujetos de derecho en sus acuerdos puedan establecer cláusulas oscuras o ambiguas, el legislador Colombiano consagró en su legislación ciertos métodos de interpretación que permitan a las partes y al juez encontrar el verdadero sentido de estas cláusulas.

Las normas relativas a los métodos de interpretación de las cláusulas ambiguas se consagran principalmente en el título XIII del libro cuarto del Código Civil Colombiano (arts. 1618 a 1624 C.C.) y pueden resumirse así:

1. **Interpretación subjetiva por la intención:** “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ésta que a lo literal de las palabras” (art. 1618 C.C). De acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, esta es la única directriz que tiene prevalencia sobre las demás, así pues, si el juez puede establecer la verdadera intención de los

¹⁰² Excepción 1 contestación de la demanda OTM S.A.S, excepción 1 contestación de la demanda ZOFRANCA S.A. y excepción 1 contestación de la demanda COMAI LTDA.

contratantes, debe rechazar los demás métodos de interpretación por subsidiarios¹⁰³.

2. **Interpretación específica:** “Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado” (art. 1619 C.C.).
3. **Interpretación incluyente o explicativa:** “Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda” (Art. 1623 C.C.).
4. **Interpretación efectiva:** “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno” (art. 1620 C.C.).
5. **Interpretación naturalista:** “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato” (art. 1621 C.C.).
6. **Interpretación sistemática o contextual:** “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad” (art. 1622 inciso 1 C.C.).
7. **Interpretación extensiva o por comparación:** “Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia” (art. 1622 inciso 2 C.C.).
8. **Interpretación auténtica o por aplicación práctica:** Las cláusulas de un contrato podrán interpretarse “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte” (art. 1622 inciso 3 C.C.).
9. **Interpretación a favor del adherente:** “Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella” (art.1623 inciso 2 C.C.).

¹⁰³ SC CSJ Sentencia del 5 de julio de 1983:

“la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según lo preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por lo tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes”.

10. **Interpretación subsidiaria pro debitoris:** “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor” (art.1623 inciso 1 C.C.).

A pesar de que el grueso de las normas interpretativas de los contratos se encuentran enlistadas en el citado título del Código Civil, existen otras normas interpretativas en la legislación colombiana que se encuentran por fuera de este, tales como:

11. **Interpretación conforme al principio de buena fe:** El principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de nuestra Constitución Política y desarrollado en el ámbito contractual por los artículos 1603 C.C y 871 C de Co, impone a los contratantes a ejecutar los contratos de tal manera que las expectativas e intereses de las partes se vean satisfechas y por ende “obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”¹⁰⁴.

Considerando que los contratos deben ejecutarse de buena fe, también deben interpretarse de buena fe y por esta razón “el intérprete del contrato deberá tener en cuenta la confianza y las expectativas que las partes se generaron recíprocamente a través de la voluntad que expresamente declararon y que consta en el contrato celebrado, lo que no excluye el análisis de las expectativas reales que tuvieron en caso de que el texto no resulte claro” (Soto Cuaguila, 2007, pág. 2060).

12. **Interpretación de acuerdo al idioma castellano:** “Los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano.

Cuando se hayan utilizado simultáneamente varios idiomas, se entenderán dichos términos en el sentido que tengan en castellano, si este idioma fue usado; en su defecto, se estará a la versión española que más se acerque al significado del texto original. El sentido o significado de que trata este artículo es el jurídico que tenga el término o locución en el respectivo idioma, o el técnico que le dé la ciencia o arte a que pertenezca o finalmente el sentido natural y obvio del idioma a que corresponda” (art. 823 C de Co.).

¹⁰⁴ Art. 871 C de Co.

13. **Interpretación a favor del consumidor:** “Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean” (art. 34 ley 1480 de 2011).

11.1.2.2.2.2. Los métodos de interpretación de los contratos consagrados en la legislación colombiana en el caso concreto.

Con base en los métodos de interpretación consagrados en la normativa colombiana y enunciados en el aparte inmediatamente anterior, se procederá a dilucidar si el verdadero sentido del artículo décimo de los estatutos de ZOFRANCA S.A. impone o no una forma en que los accionistas deben manifestar la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones.

Teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas que caracterizan este caso concreto, el tribunal considera que los principales métodos para solucionar la referenciada ambigüedad son: la interpretación auténtica y sistemática.

Estos métodos de interpretación se tomarán como principales porque permiten establecer el sentido más coherente y acertado a la cláusula en cuestión, siendo congruentes con los demás métodos previstos en la ley, salvo, unos pocos que no resultan útiles para dilucidar el sentido de la ambigüedad.

En primer lugar, hay que partir de la premisa de que, no se encuentra claramente establecida la intención de los contratantes en el texto contractual y por ello no solamente ha surgido la disputa que debe ser resuelta por este tribunal, sino que debe acudir a los demás criterios de interpretación subsidiarios. En segundo lugar, Las formas de interpretación específica, efectiva, naturalista, extensiva y conforme al principio de buena fe, son coherentes con las interpretaciones auténtica y sistemática que se desarrollarán en los apartes siguientes.

Así pues, los términos del contrato se aplicarán a la materia sobre la cual se ha contratado o a la referida específicamente en la cláusula décima, que es el derecho de preferencia; se privilegiará el sentido en que dicha cláusula pueda producir algún efecto; el tribunal estará a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato; utilizará como criterio los documentos y actuaciones de las partes en otros contratos celebrados entre ellas mismas, con anterioridad a la operación que suscita la controversia bajo estudio y tendrá en cuenta las legítimas expectativas de las partes con base en los mencionados contratos celebrados entre ellas con antelación.

11.1.2.2.2.2.1. La interpretación auténtica o por aplicación práctica:

Consagrada en el inciso tercero del artículo 1622 C.C.¹⁰⁵. Es denominada por la doctrina como interpretación *auténtica* porque es aquella que con sus propios hechos o actos realizaron sus creadores, esto es, las partes contractuales.

Arturo Alessandri Rodríguez al respecto de este método de interpretación sostiene que es “(...) una fuente preciosa para la explicación de los contratos, la aplicación práctica que las partes hayan hecho de él: así si se debate acerca del tiempo en que debe pagarse el arrendamiento, y una de las partes sostiene que debe hacerse por meses y otra por años, y durante dos años se ha pagado por mensualidades, deberá interpretarse el contrato en el sentido de que el pago debe hacerse por meses, porque así lo han estado aplicando las partes (...)” (Alessandri Rodríguez, 1976, pág. 67).

Tan importante es este método de interpretación, que para Carlos Ignacio Jaramillo J., con apoyo del respetado Giorgi, Giorgio: “Se trata, por consiguiente, de la soberana de las pautas de interpretación, o si se prefiere, “de la reina de las interpretaciones”, como la denomina G.Giorgi, en cuanto constituye la expresión viviente del acuerdo negocial, su desdoblamiento factico, de modo que el juez no podría apartarse de esa puntual manifestación, con el pretexto de que otra fue la intención, a menos, claro está, que refulgiera probatoriamente que esa aplicación práctica fue producto de un yerro, no por considerarlo así uno de los contratantes sino ambos.” (Jaramillo J., 2007).

En relación a esta regla hermenéutica cabe aclarar que, de la misma forma que un contrato es un acuerdo de voluntades, la interpretación por aplicación práctica requiere que la práctica haya sido llevada a cabo por ambas partes del contrato y no una sola. En palabras de Luis Claro Solar: “Al consignarla en nuestro Código ha prevenido toda objeción al establecer que esta interpretación resulta de la aplicación práctica, no de una sola de las partes aisladamente, sino de la que han hecho ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra: el contrato es obra de ambas partes, resulta del acuerdo de voluntades; y por consiguiente la interpretación auténtica de las diversas cláusulas del contrato, para ser tal, necesita la aplicación de ambas partes o del consentimiento de ambas partes en tal aplicación.” (Claro Solar, 1939, pág. 20).

En suma, la interpretación auténtica es aquella que realizan las partes, con su práctica o aquiescencia mutua, de una cláusula contractual ambigua.

En el caso concreto:

¹⁰⁵ Art. 1622 C.C.: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.” (Negrita fuera de texto).

En el caso concreto esta regla de interpretación toma una importancia fundamental, pues si bien existe ambigüedad sobre si, de acuerdo al artículo décimo de los estatutos de ZOFRANCA S.A., es necesario que la manifestación de la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones se deba realizar por carta o no, las pruebas recaudadas durante este proceso arbitral son contundentes en demostrar que, durante el histórico de la sociedad, todos los accionistas interesados en adquirir las acciones, incluyendo la sociedad convocante Polyban S.A., han manifestado su voluntad de adquirir las acciones por medio de una carta escrita.

En la exhibición de documentos decretada oficiosamente por este tribunal se puede observar que, en la totalidad de procedimientos de preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A. realizadas, con antelación las partes interesadas han manifestado su voluntad de adquirir las acciones por medio de una carta escrita. Con el objetivo de evidenciar este supuesto fáctico en la siguiente tabla se relacionarán los procedimientos de preferencia aportados, la fecha de las cartas escritas emitidas por los accionistas interesados en adquirir las acciones ofrecidas en el marco del derecho de preferencia, resaltando las ocasiones en donde la misma convocante Polyban S.A. manifestó esta voluntad por medio de carta escrita.

| Fecha de la Carta de Aceptación | Carta de Aceptante | Folio |
|--|---|--|
| 7 de mayo de 2008 | IST | 42 Carpeta VENTA ACCIONES MIGUEL ÁNGEL ROYO FRANCO |
| 29 de abril de 2008 | García Zuccardi S. en C. | 41 Carpeta 2 VENTA ACCIONES MIGUEL ÁNGEL ROYO FRANCO |
| 6 de mayo de 2008 | <u>Polyban S.A (convocante)</u> | 40 Carpeta 2 VENTA ACCIONES MIGUEL ÁNGEL ROYO FRANCO |
| 7 de mayo de 2008 | Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co. | 39 Carpeta 2 VENTA ACCIONES MIGUEL ÁNGEL ROYO FRANCO |
| 20 de mayo de 2008 | JUAN CARLOS LEMAITRE VELÉZ | 38 Carpeta 2 VENTA |

| | | |
|-------------------------|----------------------------|---|
| | (convocado) | ACCIONES MIGUEL ÁNGEL ROYO FRANCO |
| 20 de mayo de 2008 | COMAI LTDA | 37 Carpeta 2 VENTA ACCIONES MIGUEL ÁNGEL ROYO FRANCO |
| 14 de mayo de 2008 | COMERCOL LTDA | 36 Carpeta 2 VENTA ACCIONES MIGUEL ÁNGEL ROYO FRANCO |
| 15 de mayo de 2008 | Anabella Lemaitre Bechara | 35 Carpeta 2 VENTA ACCIONES MIGUEL ÁNGEL ROYO FRANCO |
| 14 de mayo de 2008 | Emilia Vergara Martínez | 34 Carpeta 2 VENTA ACCIONES MIGUEL ÁNGEL ROYO FRANCO |
| 08 de mayo de 2008 | Jairo H. Espitia Parra | 33 Carpeta 2 VENTA ACCIONES MIGUEL ÁNGEL ROYO FRANCO |
| 08 de mayo de 2008 | Rafael A. Espitia Román | 32 Carpeta 2 VENTA ACCIONES MIGUEL ÁNGEL ROYO FRANCO |
| 18 de diciembre de 2009 | OTM LTDA (convocado) | 56 Carpeta VENTA ACCIONES INVERSIONES MARÍTIMAS DEL CARIBE LTDA |
| 18 de diciembre de 2009 | Anabella Lemaitre de Fayad | 55 Carpeta VENTA ACCIONES INVERSIONES MARÍTIMAS DEL CARIBE LTDA |
| 18 de diciembre de 2009 | Emilia Vergara Martínez | 54 Carpeta VENTA ACCIONES INVERSIONES MARÍTIMAS |

| | | |
|-------------------------|---|---|
| | | DEL CARIBE LTDA |
| 18 de diciembre de 2009 | JUAN CARLOS LEMAITRE VELÉZ (convocado) | 53 Carpeta VENTA ACCIONES INVERSIONES MARÍTIMAS DEL CARIBE LTDA |
| 18 de diciembre de 2009 | Guillermo Sanclemente Y CIA S. en C. | 52 Carpeta VENTA ACCIONES INVERSIONES MARÍTIMAS DEL CARIBE LTDA |
| 18 de diciembre de 2009 | <u>Polyban S.A (convocante)</u> | 51 Carpeta VENTA ACCIONES INVERSIONES MARÍTIMAS DEL CARIBE LTDA |
| 18 de diciembre de 2009 | COMAI LTDA (convocado) | 50 Carpeta VENTA ACCIONES INVERSIONES MARÍTIMAS DEL CARIBE LTDA |
| 17 de febrero de 2010 | García Zuccardi S. en C. | 23 Carpeta VENTA ACCIONES IGNACIO NAVAS MEISEL |
| 18 de febrero de 2010 | Anabella Lemaitre Bechara | 21 Carpeta VENTA ACCIONES IGNACIO NAVAS MEISEL |
| 18 de febrero de 2010 | <u>Polyban S.A (convocante)</u> | 20 Carpeta VENTA ACCIONES IGNACIO NAVAS MEISEL |
| 23 de febrero de 2010 | COMAI LTDA (convocado) | 19 Carpeta VENTA ACCIONES IGNACIO NAVAS MEISEL |
| 25 de febrero de 2010 | JUAN CARLOS LEMAITRE VELÉZ (convocado) | 18 Carpeta VENTA ACCIONES IGNACIO NAVAS MEISEL |
| 1 de marzo de 2010 | OTM S.A.S (convocado) | 17 Carpeta VENTA ACCIONES IGNACIO NAVAS MEISEL |
| 17 de febrero de 2010 | García Zuccardi S. en C. | 19 Carpeta VENTA ACCIONES |

| | | |
|---------------------------|---|---|
| | | ORLANDO PEREIRA VISBAL |
| 17 de febrero de 2010 | OTM S.A.S (convocado) | 17 Carpeta VENTA ACCIONES ORLANDO PEREIRA VISBAL |
| 18 de febrero de 2010 | <u>Polyban S.A (convocante)</u> | 16 Carpeta VENTA ACCIONES ORLANDO PEREIRA VISBAL |
| 23 de febrero de 2010 | COMAI LTDA (convocado) | 14 Carpeta VENTA ACCIONES ORLANDO PEREIRA VISBAL |
| 28 de abril de 2010 | OTM S.A.S (convocado) | 26 Carpeta VENTA ACCIONES COLEC INVESTMENT CORP |
| 29 de abril de 2010 | Guillermo Sanclemente Y CIA S. en C. | 25 Carpeta VENTA ACCIONES COLEC INVESTMENT CORP |
| 29 de abril de 2010 | Anabella Lemaitre Bechara | 24 Carpeta VENTA ACCIONES COLEC INVESTMENT CORP |
| 29 de abril de 2010 | JUAN CARLOS LEMAITRE VELÉZ (convocado) | 23 Carpeta VENTA ACCIONES COLEC INVESTMENT CORP |
| 04 de mayo de 2010 | <u>Polyban S.A (convocante)</u> | 22 Carpeta VENTA ACCIONES COLEC INVESTMENT CORP |
| 04 de mayo de 2010 | COMAI LTDA (convocado) | 21 Carpeta VENTA ACCIONES COLEC INVESTMENT CORP |
| 12 y 18 de agosto de 2016 | <u>Polyban S.A (convocante)</u> | 24 y 23 Carpeta VENTA ACCIONES INTERIMEX LTDA |
| 12 de agosto de 2016 | Emilia Vergara Martínez | 22 Carpeta VENTA ACCIONES INTERIMEX LTDA |
| 10 de agosto de 2016 | JUAN CARLOS LEMAITRE VELÉZ (convocado) | 21 Carpeta VENTA ACCIONES INTERIMEX LTDA |

En el mismo sentido, las declaraciones de parte y las declaraciones de terceros, son inequívocas en expresar que en la totalidad de procedimientos de preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A. realizadas, las partes interesadas han manifestado su voluntad de adquirir las acciones por medio de una carta escrita, así:

1. Declaración de parte JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ.

Cuando se le pregunta acerca de la forma en la que Polyban ha ejercido el derecho de preferencia anteriormente: “¿Y esos procesos el cual Polyban ha ejercido ese derecho bajo qué mecanismos ha expresado?”¹⁰⁶ Respondió:

“Siempre con carta. Siempre con carta, siempre es muy formal, esa gente es muy formal, es una postulación y no acostumbran a tratar las cosas de boca, no. Hacen sus comunicaciones y las pagan, son gente ordenada, ¡pa'que!”¹⁰⁷

2. Testimonio Ana María Horrillo.

Se le preguntó en primer lugar:

“Ok. Desde que usted tiene una vinculación profesional con Zofranca, eh..., y mientras ha participado en las diferentes ventas de acciones, entre accionistas del interior de la compañía, recuerda usted sí, ¿Sí, Polyban ha intervenido como compradora en todas las operaciones?”¹⁰⁸

Respondió:

“Sí, eh Polyban siempre ha sido una de las sociedades que ha ofertado siempre en la compra de las acciones, siempre y siempre lo ha hecho de acuerdo a los estatutos y voy a decir esto nada más, y siempre lo ha hecho en cumplimiento con los estatutos, las cartas y yo... porque yo también soy abogada, entonces, pero yo estoy aquí como declarante.

Y tengo que apartar las dos cosas, las cartas de aceptaciones siempre la ha hecho a través de aceptaciones escritas presentadas ante la Zona Franca, siempre la ha hecho, todas las anteriores y sí, ha estado siempre comprando acciones en su proporción.”¹⁰⁹

¹⁰⁶ Segunda parte grabación audiencia del 8 de mayo de 2018. 47:39

¹⁰⁷ Segunda parte grabación audiencia del 8 de mayo de 2018, 47:46

¹⁰⁸ Primera parte grabación audiencia del 8 de mayo de 2018, 44:15

Se le preguntó en segundo lugar:

“Muy bien. Muy bien, doctora Ana María, Gracias. Una pregunta. Alguna vez de lo que ustedes recuerda en su papel de secretaria jurídica, asesora jurídica, ¿se ha hecho algún procedimiento de adquisición de acciones de alguna manera distinta de mecanismo de las comunicaciones escritas?”¹¹⁰

Respondió:

“No, nunca, de eso si puedo dar fe que no, nunca siempre ha sido a través de aceptación a través de aceptación, como fue el caso éste, es que éste caso también, no podemos justificar que aquí hubo una aceptación expresa por parte de Polyban. Aquí todas han sido siempre con una aceptación una comunicación una correspondencia escrita en donde ellos aceptan, y caso de Zeus, no es la diferencia porque yo recibí una carta de aceptación por parte del Representante Legal Polyban, lo único fue, que fue..., llegó extemporáneamente, pero fue también una aceptación expresa la que hubo.”¹¹¹

Se le preguntó en tercer lugar:

“Las anteriores ofertas de Polyban, que usted mencionó al contestar una de las preguntas de, el ilustre apoderado de la convocante, esas ofertas de Polyban, en ese proceso de adquisición de acciones de Polyban del pasado que usted mencionó que en todas había participado ¿se hicieron con el mecanismo de comunicaciones y si se hicieron con el mecanismo de comunicaciones, se hicieron dentro del tiempo o algún acto algún tipo de margen de conformidad con que usted ha expresado?”¹¹²

Respondió:

“Bueno no, es decir, siempre de acuerdo con los estatutos es una comunicación desde el momento en que el proponente, desde el momento en que el proponente ,me voy a dedicar a los estatutos, en el momento que el proponente de la oferta envía una correspondencia escrita al representante legal y ésta a su vez a través de una correspondencia, de también inscrita le comunica a todos y cada uno de los destinatarios de la oferta en ese momento se constituye una oferta escrita, por lo tanto la aceptación expresa puede ser si es verbal, si la oferta es verbal o escrita, si la oferta es escrita. En este caso siempre fue, la aceptación siempre ha sido escrita y vuelvo a repetir lo que dije anteriormente, nunca hemos recibido una oferta fuera de extemporánea y tampoco hemos recibido, las ofertas siempre han sido escritas y nunca en las demás acciones o de venta de acciones siempre fueron hechas dentro del término.”

¹⁰⁹ Primera parte grabación audiencia del 8 de mayo de 2018, 44:40

¹¹⁰ Primera parte grabación audiencia del 8 de mayo de 2018, 53:16

¹¹¹ Primera parte grabación audiencia del 8 de mayo de 2018, 53:41

¹¹² Primera parte grabación audiencia del 8 de mayo de 2018, 54:23

Se le pidió que aclarara: “¿Las ofertas o las aceptaciones?”¹¹³

“Las aceptaciones perdón, las aceptaciones de las ofertas siempre fueron hechas... me estoy refiriendo a las aceptaciones, fueron siempre, no tengo ningún decir ni me acuerdo, pero es una cuestión que sí sé, que todos, todos los accionistas siempre han aceptado la oferta por medio de escrito.”¹¹⁴

Como puede observarse, de acuerdo a las pruebas documentales, declaraciones de parte y testimonios analizados, en todos los procedimientos de preferencia en la negociación de acciones, todos los accionistas interesados en ejercer su derecho han expresado su voluntad por medio de una carta escrita, incluyendo la convocante Polyban S.A.

Para este tribunal esta conducta permanente, uniforme e inequívoca que *todos* los accionistas, *incluyendo la convocante*, han tenido en relación a la cláusula décima de los estatutos de ZOFRANCA S.A., es prueba suficiente para determinar que la interpretación auténtica que han hecho las partes de dicha cláusula, es aquella que considera que la voluntad de adquirir las acciones, en el marco de un procedimiento de preferencia en la negociación de acciones, debe expresarse por medio de carta escrita.

Considerando las pruebas examinadas anteriormente y de conformidad con la interpretación auténtica consagrada en el inciso tercero del art. 1622 C.C., la cláusula décima de los estatutos de ZOFRANCA S.A. debe interpretarse en el sentido de que, efectivamente es necesaria la carta escrita para manifestar la voluntad la voluntad de adquirir las acciones, en el marco de un procedimiento de preferencia en la negociación de acciones.

Es esa la interpretación que han dado las propias partes por su ejecución práctica, en plurales negociaciones de acciones para agotar el derecho de preferencia.

11.1.2.2.2.2.1. La interpretación sistemática o contextual:

Consagrada en el inciso primero del artículo 1622 del Código Civil, esta regla de interpretación es bastante clara en consagrar que “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.”.

Esta regla de interpretación, proveniente de la regla sexta de Pothier, que reza: “Se debe interpretar una cláusula por las otras cláusulas contenidas en el acto, sea que precedan o que sigan” (Pothier en Claro Solar, 1939, pag. 25). Tiene su fundamento en que “una convención constituye un todo indivisible; y hay que tomarlo en su totalidad para conocer también por entero la intención de las partes. No pueden tomarse aisladamente

¹¹³ Primera parte grabación audiencia del 8 de mayo de 2018, 56:07

¹¹⁴ Primera parte grabación audiencia del 8 de mayo de 2018, 56:09

sus cláusulas porque se ligan unas a otras y se encadenan entre si limitando o ampliando el sentido que aisladamente pudiera corresponderles, explicándose recíprocamente. (Claro Solar, 1939, pág. 26).

Con este método de interpretación, “lo que desea el legislador, en guarda de un concepto salpicado por la lógica, al mismo tiempo que escoltado por la razonabilidad, es que el intérprete no realice interpretaciones aisladas, por completo desconectadas de la realidad contractual, concebida integralmente como corresponde” (Jaramillo J., 2007, pág. 942).

En palabras de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia “El contrato es un acuerdo de voluntades que por lo regular es una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de las otras como partes autónomas, porque o si no se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y correría el riesgo de contratar el querer de las partes, haciéndole producir la convención efectos que estas acaso no sospecharon”¹¹⁵.

En el caso concreto:

El artículo décimo de los estatutos de ZOFRANCA S.A. encargado de regular el derecho de preferencia en la negociación de acciones, contiene las siguientes estipulaciones relacionadas a la forma en que un accionista interesado en ejercer su derecho de preferencia, debe manifestar su voluntad de adquirir las acciones:

“ARTÍCULO DÉCIMO NEGOCIACION DE LAS ACCIONES:

(...)

- b) Desde la fecha de recibo de la comunicación indicada, la sociedad comunicará a todos los accionistas dentro de los 3 días siguientes a la operación proyectada y las condiciones de ellas, **para que manifiesten si están interesados o no en ejercer su derecho de preferencia dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la comunicación.**
- c) **Si dentro de los plazos señalados, la sociedad y alguno o algunos de los accionistas manifiestan su intención de adquirir las acciones (...)**
- d) **Si los accionistas o la sociedad que hubieren manifestado su intención de adquirir las acciones, consideran demasiado onerosa las condiciones de la enajenación proyectada, y así lo comunican al enajenante en la carta en que dan noticias de su voluntad de adquirir las acciones, (...)**(negrita y subrayado fuera de texto).

¹¹⁵ SC CSJ Sentencia del 15 de marzo de 1965.

Tal y como lo manifiestan los extremos procesales y puede observarse de forma literal y aislada, el literal b) y c) no establecen formalidad alguna para la manifestación de la voluntad de adquirir las acciones, sin embargo, el literal d) *da por hecho que tuvo que existir una carta para tal fin*, pues establece que, en caso de que no haya inconformidades sobre el precio de la enajenación proyectada, deberá comunicarlo al enajenante “en la carta en que dan noticias de su voluntad de adquirir las acciones”.

Para este tribunal, una interpretación aislada de los literales b) y c) sin duda guiarían a la interpretación de que no es necesario formalidad alguna, sin embargo, una interpretación que tenga en cuenta la totalidad del texto de la cláusula, guía al intérprete a entender que si es necesaria la formalidad de la carta escrita, pues el literal d) se refiere a la carta de manifestación de la voluntad de adquirir las acciones, suponiendo que siempre tuvo que haber existido carta escrita para tal fin. Si el literal d) se refiriese a una carta distinta a la de manifestación de voluntad de adquirir las acciones, no habría duda de que no era necesaria esta formalidad, sin embargo, el literal d) no se refiere a una carta distinta, muy claramente se refiere a “ la carta en que dan noticias de su voluntad de adquirir las acciones”.

Considerando lo anterior y en armonía con la interpretación auténtica explicada en el aparte 11.1.2.2.2.3 del presente laudo, una interpretación sistemática de la cláusula décima de los estatutos de ZOFRANCA S.A. debe llevar a la conclusión en el sentido de que sí es necesaria una carta escrita para manifestar la voluntad de adquirir las acciones, en el marco de un procedimiento de preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A.

En conclusión, de acuerdo a la interpretación auténtica realizada por las partes por medio de su aplicación práctica (11.1.2.2.2.3) y una interpretación sistemática (11.1.2.2.2.4), la cláusula décima de los estatutos de ZOFRANCA S.A. debe interpretarse en el sentido de que, si es necesaria la carta escrita para manifestar la voluntad de adquirir las acciones, en el marco de un procedimiento de preferencia en la negociación de acciones.

11.1.2.2.3. La validez y efectos la solemnidad pactada en los estatutos de ZOFRANCA S.A. que exige carta escrita para la manifestación de la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones.

Para determinar la validez y efectos de la solemnidad pactada en los estatutos de ZOFRANCA S.A. que exige carta escrita para la manifestación de la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones, en primer lugar, se estudiará el régimen relativo al perfeccionamiento de los contratos en Colombia, haciendo énfasis en el principio general de la consensualidad y los distintos tipos de solemnidades, en segundo lugar, se estudiará el régimen general de las solemnidades voluntarias en

Colombia, en tercer lugar, se determinarán las facultades que el régimen especial de sociedades Colombiano otorga a los accionistas para fijar este tipo de solemnidades para el ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones, en cuarto lugar se hará referencia concepto 220-75774 del 2000 emitido por la Superintendencia de Sociedades y finalmente se concluirá determinando la validez y efectos la solemnidad pactada en los estatutos de ZOFRANCA S.A. que exige carta escrita para la manifestación de la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones.

11.1.2.2.3.1. El régimen relativo al perfeccionamiento de los contratos en Colombia: consensualidad y solemnidades.

El régimen relativo al perfeccionamiento de los contratos se refiere a la normativa que regula cuando un contrato tiene vocación de nacer a la vida jurídica o no; marcando la línea entre la etapa precontractual y la etapa contractual. El régimen general de la formación del contrato en Colombia se encuentra establecido en los artículos 1500 C.C.¹¹⁶, 1502 C.C.¹¹⁷ y 824 C de Co¹¹⁸.

De acuerdo al artículo 1500 del C.C. los contratos en Colombia pueden ser consensuales, reales y solemnes.

- Los contratos son consensuales cuando el simple acuerdo de voluntades sobre los elementos esenciales del contrato basta para su perfeccionamiento contrato. Esta consensualidad, que en realidad implica la libertad de formas, permite a los particulares crear contratos vinculantes sin tener que ceñirse a forma o ritual alguna.

¹¹⁶ Art. 1500 C.C.: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

¹¹⁷ Art. 1502 C.C.: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.”

¹¹⁸ Art. 824 C de Co.: “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad.”

De acuerdo a los artículos 1502 C.C. y 824 C de Co. la regla general en Colombia es la consensualidad, es decir, que todo contrato se considerará consensual salvo que exista norma o pacto en contrario¹¹⁹. El artículo 824 C de Co., a explícitamente establece esta la regla general, pues consagrando que: “los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad”. Por su lado el artículo 1502 C.C. lo establece de una forma menos explícita, pues “[p]ara que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario (...)” solamente considera necesario “[q]ue consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”, sin exigir formalidad alguna para expresar dicho consentimiento.

- Los contratos son reales cuando el simple acuerdo de voluntades sobre los elementos esenciales del contrato *no basta* para su perfeccionamiento, los sujetos de derecho interesados en celebrar este tipo de contratos deberán además, hacer la entrega o tradición de la cosa a la que se refiere el contrato¹²⁰.
- Los contratos son solemnes cuando el acuerdo de voluntades sobre los elementos esenciales del contrato debe expresarse o canalizarse por medio de una forma o ritual establecida por las partes o la ley. Por ejemplo: los actos dispositivos sobre bienes inmuebles (como la compraventa) deben constar en escritura pública¹²¹, las cesión de contratos que constan en escritura pública en documento privado autentico¹²² y los contratos de promesa de contrato civiles en documentos privados¹²³

En cuanto a estas solemnidades la doctrina, con apoyo en la ley, es pacífica en reconocer tres tipos: las solemnidades sustanciales o *ad substantiam actus*, las solemnidades probatorias o *ad probationem* y las solemnidades voluntarias o *ad voluntatem*.

Las solemnidades sustanciales son aquellas cuyo incumplimiento generan la inexistencia o invalidez del acto. Por ejemplo, la solemnidad de la compraventa de bienes inmuebles.

¹¹⁹ El pacto en contrario se revisará a fondo más adelante al momento de abordar las solemnidades voluntarias.

¹²⁰ Los ejemplos más representativos de contratos reales son el comodato y el mutuo. El comodato o préstamo de uso no se perfecciona sino hasta que el comodante entregue la cosa dada en préstamo, lo mismo con el mutuo o préstamo de consumo que no se perfecciona sino hasta que el mutuante haga la tradición de los géneros dados en mutuo.

¹²¹ Art. 12. Decreto 960 de 1970.

¹²² Art. 888. C de Co.

¹²³ Art. 1611 C.C.

Las solemnidades probatorias son aquellas cuyo incumplimiento no genera la inexistencia o invalidez del acto, pero que en caso de litigio solo es posible probar la existencia del acto por medio de la formalidad establecida. Un ejemplo claro de esta solemnidad es la establecida en el art. 1046 C de Co¹²⁴. para el contrato de seguro cuya existencia solo puede probarse mediante escrito o confesión.

Las solemnidades voluntarias son aquellas que, en virtud del principio de libertad de formas¹²⁵ y la libre autonomía de la voluntad consagrada en el art. 333 C.P¹²⁶, por medio de actos previos (como contratos preparatorios), los sujetos de derecho estipulan voluntariamente para la celebración de actos posteriores, que de acuerdo a la ley, serían consensuales. El incumplimiento de este tipo de solemnidades tiene como efecto principal el que el acto posterior no se considere perfeccionado o formado (inexistente) sino hasta que se cumpla con las formas pactadas. Este tipo de solemnidades suelen llamarse solemnidades consensuales cuando son establecidas por mutuo acuerdo para celebrar futuros pactos bilaterales como contratos¹²⁷.

Considerando la importancia que tiene para el caso concreto la validez y efectos de las solemnidades voluntarias en el régimen jurídico colombiano, se proseguirá a determinar la regulación general de este tipo de solemnidades, puesto que la previsión del derecho de preferencia en el artículo décimo de ZOFRANCA S.A. se enmarca dentro de la citada categoría de las solemnidades voluntarias o convencionales.

11.1.2.2.3.2. El régimen general de las solemnidades voluntarias en Colombia.

Como se mencionó, las solemnidades voluntarias son aquellas que concertan los sujetos de derecho, por medio de actos jurídicos previos, para la celebración de actos jurídicos posteriores, que de acuerdo a la ley, serían consensuales. El efecto principal de estas solemnidades consiste en que el acto posterior no se considere perfeccionado o formado (inexistente) sino hasta que se cumplan con las formalidades pactadas. Como se vio, en tratándose de solemnidades convenidas por acuerdo y para la celebración de futuros contratos también son llamadas más propiamente “solemnidades convencionales”.

¹²⁴ Art. 1046. C de Co. “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión (...)”.

¹²⁵ Arts. 1502 C.C. y 824 C de Co.

¹²⁶ Art. 333 C.P. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. (...)”.

¹²⁷ En tratándose de solemnidades voluntarias, el Catedrático Edgar Ramírez Baquero sostiene que: “Estas complejidades de forma toman el nombre de “solemnidades convencionales” cuando son concertadas en el escenario de unas tratativas por quienes en ellas participan en procura de arribar a un consentimiento que abra paso a un negocio convencional (tratantes).” (Ramírez Baquero, 2013).

Si bien las solemnidades voluntarias y sus efectos relativos al perfeccionamiento de los actos no cuentan con una normativa general en el ordenamiento jurídico colombiano, estas cuentan con una consagración legal en los artículos 1858 C.C.¹²⁸ y 1979 C.C.¹²⁹, así como un reconocimiento doctrinal y jurisprudencial.

- La legislación Colombiana: Legalmente las solemnidades voluntarias encuentran su reconocimiento en los artículos 1858 C.C y 1979 C.C. El artículo 1858 C.C. en relación al contrato de compraventa dispone que, siempre que este negocio tenga carácter consensual (no recaiga sobre bienes inmuebles, servidumbres o el derecho real de herencia), las partes pueden acordar que la compraventa sea solemne y en ese sentido *no se reputará perfecta* sino hasta el cumplimiento de dicha solemnidad, facultando a cualquiera de las partes a retractarse siempre y cuando no hayan cumplido la solemnidad. Misma solución legal a la que llega el artículo 1979 C.C. en cuanto al arrendamiento, que siendo un contrato consensual, admite que las partes pacten que no se perfeccionará sino hasta el cumplimiento de una solemnidad. Como puede observarse estos artículos no solo reconocen su validez sino que reconocen su vinculatoriedad, pues en caso de pactarse los contratos no se reputarán perfeccionados sino hasta que se cumplan con las formalidades pactadas.
- La Doctrina: La doctrina más reconocida también acepta la validez y vinculatoriedad de este tipo de solemnidades.

Edgar Ramírez Baquero en su obra *Obligaciones y contratos Ensayos* sostiene:

“Se denominan solemnidades negociales, voluntarias o *ad voluntatem* las complejidades de la forma que los sujetos de derecho adoptan usualmente durante la etapa previa al perfeccionamiento de un negocio jurídico como su manera o modo de ser, ya se trate de un tipo unilateral o uno de condición convencional” (Ramírez Baquero, 2013, pág. 120), contemplando además que “el campo de actividad de las solemnidades voluntarias es el de los negocios que cuentan con un régimen de forma libre, ya porque el legislador no ha intervenido su forma, bien porque lo hizo inclinándose por no imponer para él solemnidad alguna y, por ende, autorizando explícitamente que se perfeccionen de cualquier manera (negocio jurídico de forma libre por disposición de la ley)” (Ramírez Baquero, 2013, pág. 121).

¹²⁸ Art. 1858 C.C. Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2o. del artículo precedente, no se repute perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida.

¹²⁹ Art. 1979 C.C. Si se pactare que el arrendamiento no se repute perfecto mientras no se firme escritura, podrá cualquiera de las partes arrepentirse hasta que así se haga o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa arrendada; si intervinieren arras, se seguirán bajo este respecto las mismas reglas que en el contrato de compraventa.

Después de haber realizado un estudio juicioso, finalmente concluye que:

“Dominada esta temática por reglas y principios generales de varios sectores del orden jurídico, las siguientes son las reglas que de allí fluyen y que aplican al sistemas de las solemnidades *ad voluntatem* o voluntarias:

- a) Los sujetos del tráfico jurídico solamente pueden hacer uso de estas solemnidades cuando se trate de negocios de forma libre, bien por no estar regulados en su forma, ora porque expresamente el sistema legal ordenó que se puedan ajustar de cualquier manera (negocios jurídicos de forma libre por disposición de la ley).
- b) Las solemnidades convencionalmente impuestas son trascendentes en derecho. No se trata de acuerdos irrelevantes, huérfanos de efectividad. Vinculan con eficacia a los sujetos que con ellas se gravan, en el sentido de que crean para estas personas una carga formal, que, de no ser atendida con precisión, ocasiona que se incursione en los terrenos de la inexistencia negocial, siendo esta otra vía por la cual puede arribarse a la situación indicada en el inciso 2 del artículo 898 del Código de Comercio y que consiste en la inobservancia de la solemnidad legalmente impuesta.
(...)
- c) Como el legislador patrio nada ha diseñado al respecto de la manera o modo de ser de los convenios sobre la forma, hay que concluir que se trata de negocios jurídicos de forma libre.
- d) Los tratantes conservan la facultad de modificar su acuerdo sobre la forma negocial e, incluso, la de privarlo de efectos en derecho. De este poder disfrutan en tanto avanzan los tratos preliminares. Culminados sin éxito o celebrado el negocio convencional materia de tratativas declina este poder.
(...)
- e) Los convenios sobre la forma únicamente pueden ser alusivos a formas negociales, esto es, a solemnidades *ad solemnitatem* o *ad substantiaum actus*. No pueden contemplar elementos

probatorios de aquellos que equivocadamente son llamados “solemnidades *ad probationem* o *ad probationis causa*, tal como pasa a explicarse.

(...)” (Ramírez Baquero, 2013, págs. 123-126)

Por su parte, en relación a estas solemnidades voluntarias, Luis Claro Solar sostiene:

“Hay otros contratos en que las partes mismas establecen la formalidad, como señal de perfeccionamiento del contrato, aunque este no sea por su naturaleza necesariamente solemne. En estos contratos naturalmente consensuales y que solo el consentimiento de las partes bastaría para su perfeccionamiento, como la compraventa de bienes muebles, el arrendamiento, etc., pueden las partes convenir en el otorgamiento de escritura, pública o privada, con intención de que el contrato no quede concluido y perfecto, mientras no se otorgue y suscriba por ellas la escritura pública o privada, y en tal caso el contrato no quedará perfeccionado, mientras la escritura no se otorgue y suscriba: las partes aunque estén en perfecto acuerdo respecto de los términos y condiciones del contrato de que tratan, podrán lícitamente desdecirse antes de que el acto notarial o privada hayan sido firmados.

(...)

Justinianus había dado esta misma solución en la famosa ley *contractus* del año 528. Dispuso en ella que la venta, permuta y demás contratos que se quisiera otorgar por escrito, *in scriptis fieri placuit*, lo mismo que las transacciones en que fuere necesario este requisito, no serían válidos hasta que se hubieren puesto en limpio y se hubieren firmado por los contratantes¹³⁰.

Y en las Instituciones¹³¹ se refiere a esta ley al expresar que la compraventa, como contrato consensual, se perfecciona desde el momento que se ha convenido en la cosa y en el precio; pero si se había estipulado el otorgamiento del contrato por escrito, no podía éste perfeccionarse, como estaba dispuesto, sino una vez extendido el instrumento de la compraventa (...) de modo que, mientras no se otorgaba este instrumento podía cualquiera de las partes retractarse sin incurrir en pena (...). (Claro Solar, 1939, págs. 582-583).

- La Jurisprudencia: La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en las siguientes sentencias sienta la validez y vinculatoriedad de las solemnidades voluntarias.

¹³⁰ L. 17. t. 21 *De fide instrum.* Lib 4 del Código.

¹³¹ *Institut.* t. 24 *De emtione et venditione*, lib 3.

1. SC CSJ, sentencia del 16 de octubre de 1980, M.P. Ricardo Uribe Holguín: “Se trata aquí de lo que se denomina “compraventa solemne por voluntad de las partes”, fenómeno previsto por el artículo 1858 del Código Civil y que viene a ser una de las excepciones a la regla general de que dicho contrato es consensual (...). De la lectura de este texto legal concluyese: en el caso de que los interesados otorguen la escritura pública o privada por ellos prevista, se perfecciona el contrato de compraventa, que es precisamente lo que ocurre cuando el contrato es solemne por disposición directa de la ley; solo que en la hipótesis lo es por voluntad de las partes, quienes han querido que el contrato “no produzca ningún efecto civil” sin la observancia de la formalidad especial de otorgarse el instrumento (art. 1500). Con todo, si los interesados no llegan a otorgar la escritura, pero de mutuo acuerdo principian la entrega de la cosa, la compraventa se reputa igualmente perfecta y ya no será contrato solemne o no habrá necesidad de que lo sea (...).

Esta sentencia es bastante importante en materia de solemnidades voluntarias, pues además de defender la vinculatoriedad de las mismas, las limita en el sentido de que, si las partes ejecutan el contrato sometido a solemnidad voluntaria, esta solemnidad quedará sin efecto alguno.

2. SC CSJ, sentencia del 17 de noviembre de 1993, M.P. Héctor Marín Naranjo: “La validez de tal estipulación resulta incontrovertible porque es del resorte de los contratantes revestir de formalidades los negocios jurídicos que por ley carecen de ellas, puesto que atendiendo motivaciones de seguridad o certeza, pueden condicionar la existencia de tales actos a la presencia de las solemnidades que acuerde. Y en este orden de ideas, mientras no se cumpla con la formalidad acordada, no se puede decir que el contrato existe.”
3. SC CSJ, sentencia del 12 de agosto de 2002, José Fernando Ramírez Gómez: “Ciertamente, como lo admite el impugnante, un contrato consensual puede transformarse en solemne por manifestación inequívoca de las partes, siempre y cuando se dejen a salvo el orden público y las buenas costumbres”.

De las tres sentencias transcritas, es claro que la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias de casación ha sentado una posición permisiva con las solemnidades voluntarias, estableciendo su validez y vinculatoriedad, pues en caso de que las partes no cumplan con las solemnidades pactadas, el contrato sometido a ellas no nacerá a la vida jurídica, con la excepción, claro está, de que los contratantes empiecen a ejecutar el contrato sin realizar aquella solemnidad.

Considerando que las tres sentencias enunciadas son sentencias de casación, de la Corte Suprema de Justicia y abordan la validez y vinculatoriedad de las solemnidades voluntarias de forma uniforme, además de constituir un criterio auxiliar de la actividad judicial como lo ordena el artículo 230 C.P.¹³², de acuerdo al artículo 10 de la ley 153 de 1887¹³³, deben ser tenidas como *doctrina probable*.

En suma, la normativa, doctrina y la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, son pacíficas en aceptar la validez de las solemnidades voluntarias en el ordenamiento jurídico colombiano, sosteniendo que la partes tienen la posibilidad de estipular solemnidades voluntarias a contratos naturalmente consensuales, cuyo incumplimiento deviene en la inexistencia del contrato sometido a estas, pues sin ellas no se perfecciona ni se forma contrato alguno. El único límite a la obligatoriedad de las solemnidades voluntarias se da en el supuesto de que las partes, habiéndolas estipulado, ejecuten el contrato prescindiendo de ellas, caso en el cual, estas perderán su efectividad jurídica, pues se entiende que las partes desistieron tácitamente de ellas.

11.1.2.2.3.3. Las facultades que el régimen especial de sociedades Colombiano otorga a los accionistas para fijar solemnidades voluntarias para el ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones.

A pesar de que, en general las solemnidades voluntarias son válidas y vinculantes en el ordenamiento jurídico colombiano, no sobra poner de presente que, como se mencionó en el aparte (10.1.1) de este laudo arbitral, el artículo 407 del Código de Comercio (que regula el derecho de preferencia en la negociación de acciones) faculta a los accionistas para que, por medio de los estatutos, estipulen “los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo”¹³⁴.

De acuerdo a lo anterior, las solemnidades voluntarias consagradas el artículo décimo de los estatutos de ZOFRANCA S.A. no solamente encuentra un respaldo general sino también un respaldo específico en nuestro

¹³² Art. 230 C.P.” La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

¹³³ Art. 10 de la ley 153 de 1887. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

¹³⁴ Art. 407 C. de Co.: “Si las acciones fueren nominativas y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados y, si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes o, en su defecto, por el respectivo superintendente. No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la presente norma.

Mientras la sociedad tenga inscrita sus acciones en bolsas de valores, se tendrá por no escrita la cláusula que consagre cualquier restricción a la libre negociabilidad de las acciones.”

ordenamiento jurídico, pues el artículo 407 C. de Co., como norma especial, permite que los accionistas en los estatutos fijen plazos y condiciones para el ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones.

Así pues, las solemnidades voluntarias establecidas en los estatutos de ZOFRANCA S.A. para la manifestación de la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones son válidas y vinculantes, razón por la cual, todo acto jurídico que las trasgreda no se entenderá perfeccionado ni formado (inexistente).

11.1.2.2.3.4. El concepto 220-75774 del 2000 emitido por la Superintendencia de Sociedades.

El concepto 220-75774 del 2000, emitido por la Superintendencia de Sociedades y puesto de presente por la convocante para poner en tela de juicio la solemnidad voluntaria estipulada en el artículo décimo de los estatutos de ZOFRANCA S.A., sostiene que el contrato de suscripción de acciones no pierde su carácter consensual por el hecho de que el reglamento de emisión establezca formalidades para su perfeccionamiento.

A diferencia de cómo lo interpreta la convocante, este concepto no puede ser utilizado para poner en tela de juicio la solemnidad voluntaria estipulada en el artículo décimo de los estatutos de ZOFRANCA S.A. porque, en primer lugar, el concepto hace referencia a la *suscripción* de acciones (también llamado mercado primario) y no a la *negociación* de acciones (mercado secundario) y en segundo lugar, como se vio, la citada solemnidad voluntaria tiene reconocimiento de la doctrina, la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia y el artículo 407 del Código de Comercio como norma especial.

11.1.2.2.3.5. Conclusión: Validez y efectos la solemnidad pactada en los estatutos de ZOFRANCA S.A. que exige carta escrita para la manifestación de la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones.

Como se estudió en los apartes anteriores, la solemnidad pactada en los estatutos de ZOFRANCA S.A. que exige carta escrita para la manifestación de la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones, de acuerdo a la doctrina, la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia y el artículo 407 del Código de Comercio como norma especial es válida y vinculante. En ese sentido, toda manifestación de la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A. que no sea expresada por medio de carta escrita no tendrá efectos jurídicos y no será apta de perfeccionar contrato alguno. Así las cosas, se procederá a examinar si Polyban S.A. cumplió con esta solemnidad, para determinar si en algún momento se perfeccionó

el contrato de compraventa de acciones entre Polyban y PA Zeus y se trasgredió el citado derecho de preferencia.

A lo anterior debe adicionarse que las partes han ejecutado múltiples negociaciones atendiendo la existencia de la preferencia pactada como solemnidad voluntaria.

11.1.2.2.3. ZOFRANCA S.A. como aceptante dentro del procedimiento de preferencia en la negociación de acciones.

En relación a ZOFRANCA S.A. como aceptante dentro del procedimiento de preferencia en la negociación de acciones, los literales f) y h) de la cláusula décima de los estatutos establecen que:

“

f) Si los accionistas o la sociedad que hubieren manifestado su intención de adquirir las acciones, consideran demasiado onerosa las condiciones de la enajenación proyectada, y así lo comunican al enajenante en la carta en que dan noticias de su voluntad de adquirir las acciones, se procederá a establecer el precio por medio de peritos nombrados por las partes o en su defecto por la Superintendencia de Sociedades. Hecha la regulación en dinero, la operación es obligatoria para todas las partes por un precio fijado por los peritos, pues se estima que la enajenación proyectada, cualquiera sea su índole, se resuelve en una compraventa, cuyo precio queda a arbitrio de tales peritos.

(...)

h) En caso de que ninguno de los accionistas manifiesta intereses (sic) en adquirir las acciones, la adquirirá la sociedad quien ejercerá su derecho de preferencia cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley.

(...)

” (Negrita y subrayado fuera de texto).

La convocante en sus alegatos de conclusión cuestionó la ausencia de: (i) una carta escrita en donde ZOFRANCA S.A. haya manifestado su intención de no adquirir las acciones ofrecidas por PA Zeus y (ii) una convocatoria a asamblea general de accionistas de ZOFRANCA S.A. para decidir si se adquirirían o no dichas acciones. Estos cuestionamientos lleva a que este tribunal deba responder el siguiente interrogante ¿eran imperativos estos actos?

La cláusula décima no es clara sobre el momento en que la sociedad debe entrar a aceptar en los procesos de preferencia en la negociación de acciones. Mientras que en el literal g) esta establece una regla por medio

de la cual se prefieren a los accionistas sobre la sociedad¹³⁵; en el literal h)¹³⁶ ordena que la sociedad adquiera las acciones en caso de que ninguno de los accionistas acepte. ¿ZOFRANCA S.A debe aceptar siempre? ¿ZOFRANCA S.A. debe ofrecer si aceptar de los demás accionistas aceptó? ¿Qué ocurre si solo parte de los accionistas aceptaron?

De la misma forma en que fue útil en el aparte anterior, la interpretación auténtica será útil para aclarar el momento en que la sociedad debe entrar a aceptar en los procesos de preferencia en la negociación de acciones. No encuentra el tribunal en el expediente prueba de que: (i) la sociedad alguna vez se haya manifestado como aceptante en los procedimientos de preferencia antes realizados en donde parte de los accionistas hayan aceptado, (ii) haya existido citaciones a asamblea general para debatir la aceptación y (iii) que algún accionista, incluida la convocante, haya manifestado su descontento con esta práctica. Teniendo en cuenta lo anterior, debe entenderse que, de acuerdo una interpretación auténtica del artículo décimo de los estatutos, la sociedad únicamente tenía el deber de aceptar la oferta si ninguno de los accionistas lo hacía.

El contenido del literal h), es el que han acogido en todas las operaciones de negociación de acciones previas (relacionadas n el aparte ()), quienes han intervenido en ellas, incluidas ZOFRANCA S.A. y Polyban. La ejecución que hicieron quienes participaron de dichas negociaciones sin reparo alguno sirve de prueba para concluir que tal como lo dispone el mencionado literal de los estatutos, ZOFRANCA S.A. no esta llamada a aceptar y por lo tanto a adelantar las gestiones tendientes a ello (como la convocatoria a asamblea), cuando ninguno de los accionistas acepta la oferta del vendedor, circunstancia ajena a lo que aconteció en el caso bajo estudio.

11.1.3. La conducta de los accionistas dentro del procedimiento de preferencia en la negociación de las acciones ofrecidas por PA Zeus.

Dado que por medio de comunicación del 15 de septiembre de 2016 ZOFRANCA S.A.¹³⁷ comunicó a los accionistas la oferta de venta de acciones que realizó PA Zeus sobre sus 203 acciones suscritas y pagadas en su poder, los accionistas realizaron las siguientes actuaciones:

¹³⁵Literal g, clausula décima estatutos ZOFRANCA S.A.: "(...) Si dentro de los plazos señalados, la sociedad y alguno o algunos de los accionistas manifiestan su intención de adquirir las acciones, se preferirá en primer término a los accionistas (...)"

¹³⁶ Literal h, clausula décima estatutos ZOFRANCA S.A.: "En caso de que ninguno de los accionistas manifiesta intereses (sic) en adquirir las acciones, la adquirirá la sociedad quien ejercerá su derecho de preferencia cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley."

¹³⁷ Folios 445 (dirigida a Polyban), 446 (dirigida a COMAI), 447 (dirigida a OTM) y 448 (dirigida a Juan Carlos Lemaitre Vélez) del Tomo II cuaderno principal.

11.1.3.1.OTM S.A.S.

Por medio del correo electrónico del 25 de septiembre de 2016 dirigido a Fiduagraria S.A. como vocera de PA Zeus¹³⁸, redirigida a ZOFRANCA S.A. por medio del correo electrónico del 26 de septiembre de 2016¹³⁹, OTM S.A.S manifiesta su voluntad de adquirir las acciones en el marco del derecho de preferencia.

OTM S.A.S cumple con la solemnidad voluntaria pactada y estudiada en el aparte (11.1.2.2.2.), pues de acuerdo al artículo 6 de la ley 527 de 1999, los mensajes de datos tienen equivalencia funcional de documento escrito. De igual manera cumple el plazo establecido en los estatutos.

11.1.3.2.COMAI LTDA.

Por medio de la comunicación escrita del 6 de octubre de 2016¹⁴⁰, COMAI LTDA manifiesta su voluntad de adquirir las acciones en el marco del derecho de preferencia, cumpliendo el plazo y la solemnidad voluntaria pactada de aceptar la oferta por escrito, esto es, cumplió con la aceptación por escrito.

11.1.3.3.JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ

Por medio de la comunicación escrita del 4 de octubre de 2016¹⁴¹, el Señor JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ manifiesta su voluntad de adquirir las acciones en el marco del derecho de preferencia, cumpliendo el plazo y la solemnidad voluntaria pactada.

11.1.3.4.Polyban S.A.

Con el objetivo de estudiar la conducta de Polyban S.A. dentro del procedimiento de preferencia en la negociación de las acciones ofrecidas por PA Zeus, en primer lugar se examinará la manifestación de la voluntad de adquirir acciones en junta directiva, en segundo lugar, la manifestación de la voluntad de adquirir acciones mediante carta escrita, y finalmente, en tercer lugar, la manifestación de la voluntad de adquirir acciones respecto a la doctrina de los actos propios.

¹³⁸ Folio 454 de Tomo II cuaderno principal.

¹³⁹ Folio 453 de Tomo II cuaderno principal.

¹⁴⁰ Folio 449 de Tomo II cuaderno principal.

¹⁴¹ Folio 451 de Tomo II cuaderno principal.

11.1.3.4.1. La manifestación de la voluntad de adquirir acciones en junta directiva.

En reunión del 27 de septiembre 2016, como consta en el acta 143 de la junta directiva de ZOFRANCA S.A., “El Dr. Jaime Alberto Restrepo toma la palabra manifestando que es importante aclarar el punto sobre el porcentaje de participación que tendrán los accionistas después de la venta de acciones por parte de Interimex, porque ellas van a incidir en la venta de las acciones que ha ofertado Zeus, donde Polyban tiene intención de comprar lo que le corresponda sobre su proporcionalidad”¹⁴². De acuerdo con la parte convocante, teniendo en cuenta que Jaime Alberto Restrepo es su representante legal, esta manifestación debe tomarse como una manifestación de adquirir las acciones dentro del término estatutario, pues además de que los estatutos, a su juicio, no consagran formalidad alguna¹⁴³, esta manifestación consta por escrito en la citada acta.

A pesar de que, de acuerdo a las solemnidades estatutarias analizadas previamente, la expresión verbal no es suficiente para tener por manifestada la voluntad de adquirir las acciones, vale la pena analizar el alcance de estas declaraciones para tomar una decisión de fondo sobre este punto de la controversia.

En primer lugar hay que tener en cuenta que, con base en la citada acta, los testimonios¹⁴⁴ y las declaraciones de parte¹⁴⁵ Jaime Alberto Restrepo, a pesar de que cuente con la representación legal de

¹⁴² Folio 63 de Tomo I cuaderno principal.

¹⁴³ Hecho quinto demanda arbitral.

¹⁴⁴ Primera parte grabación audiencia del 8 de mayo de 2018.

Testimonio Ana Maria Horrillo:

26:31 “Sí, claro que sí, ese fue en el año 2016, en el año 2017 hubo elección de juntas, los anteriores estaban, Jaime Alberto Restrepo, Antonio Sedan Murra, Gonzalo Martínez, Guillermo San Clemente, falta uno porque son cinco, eh me falta uno, ¡ah! Antonio Sedán ya lo dije?”

27:02 “Si.”

27:03 “Jaime Alberto Restrepo.”

27:05 “Ya lo dijiste si...”

27:06 “Jaime Alberto Restrepo, Antonio Sedan, Gonzalo Martínez, Guillermo San Clemente, me falta uno, no, no preciso ahora mismo quién es, no preciso, no preciso, pero me falta uno.”

27:21 “¿Las personas que usted acaba de mencionar en, en, son miembros de la junta directiva a título personal o en representación de las, de alguna sociedad o persona jurídica?”

27:33 “**No, todos son a título personal, ninguno representa a ninguna persona jurídica, desde yo tengo conocimientos de, es decir he estado con Mujica, no hay ningún miembro, no ha sido miembro de junta directiva ninguna persona jurídica.**”

57:01 “¿Polyban hace parte de la junta directiva?”

Polyban S.A., este es miembro y concurre sus reuniones como persona natural administradora de ZOFRANCA S.A. y se reitera: no en calidad de representante legal de Polyban S.A.

En segundo lugar, de acuerdo al artículo 22 de la ley 222 de 1995¹⁴⁶, los miembros de junta directiva son administradores de la sociedad. Por esta razón, mientras que se encuentren ejerciendo sus funciones de miembro junta directiva, a pesar de las condiciones que pueda tener con accionistas o terceros, se desempeña administrador de la sociedad que la junta directiva administra. Lo anterior máxime, cuando Jaime Alberto Restrepo en ningún momento de su manifestación aclaró que dejaba de actuar como miembro de junta directiva y que lo hacía en nombre y representación de Polyban S.A.

En tercer lugar, la ya citada manifestación de Jaime Alberto Restrepo, además de no cumplir con las solemnidades voluntarias estipuladas en los estatutos, es decir, carta escrita, no cumple con los requisitos

57:04 “La empresa Polyban no hace parte de la junta directiva...”

57:06 “¿El señor Restrepo?”

57:08 **“A título personal si hace parte de la junta directiva. Vuelvo y repito ninguno, ninguna sociedad como persona jurídica hace parte de la junta directiva, ni en esa época ni actualmente.”**

¹⁴⁵ Tercera parte grabación audiencia del 8 de mayo de 2018.

Interrogatorio de parte Polyban S.A. representada por la Señora Lucrecia Cecilia Villa Machado:

44:28 Eh, ¿diga la interrogada si usted sabe y le consta que el señor Jaime Alberto Restrepo fue elegido como miembro principal de la junta directiva para los periodos 2015-2017, 2017- 2019 junto con los señores Dionisio Vélez White, Gonzalo Martínez, Antonio Cedan Burra, Guillermo San Clemente?

45:07 Sí, es cierto.

45:10 Diga sí es cierto como yo afirmo que, si lo es, que la persona jurídica Polyban Internacional S.A no ha sido elegida como miembro principal o suplente de la junta directiva de Zofranca?

45:30 “Sí, es cierto que no es la persona jurídica sino la persona natural, sin embargo, la persona jurídica fue elegida por el representante de Polyban creo yo, pero eso lo sabrán los turistas y sus abogados, lo que le interpreto yo creo que, si él fuera pues, ciudadano común y corriente de pronto no lo hubiera llamado solamente por eso...”

45:53 “Diga el interrogado de acuerdo a su respuesta anterior al no haber sido nunca la sociedad Polyban internacional S.A miembro de junta directiva, diga si es cierto como lo afirmó que, si lo es, que su intervención en la sesión de junta directiva del 27 de septiembre, no obedeció una representación legal de dicha sociedad.”

46:15” No es cierto, porque él dijo claramente, habló claramente de Polyban, la intención de polyban de comprar en la proporcionalidad que le corresponde.”

¹⁴⁶ Art. 22 Ley 222 de 1995.: Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

legales para ser considerada como aceptación de la oferta, al no contener una expresión inequívoca de la aceptación de la oferta en nombre y representación de Polyban S.A.

Una propuesta u oferta es una manifestación realizada por una persona denominada proponente, que va dirigida a otra u otras personas denominadas destinatarios, como “proyecto de negocio jurídico”. La oferta puede realizarse de forma verbal o escrita. Cuando una propuesta se presenta de forma verbal, nuestra legislación mercantil establece que esta debe ser aceptada o rechazada en el momento de escucharse, mientras que cuando la oferta se presente por escrito existe un término de seis (6) días para que esta sea aceptada por el destinatario el cual está plasmado en el artículo 851 del Código de Comercio, sin perjuicio de que las partes puedan, consensualmente, fijar plazos distintos.

La aceptación del destinatario de la oferta puede ser expresa, cuando **claramente da a entender al proponente** que acepta la oferta de realización del negocio jurídico. La aceptación del destinatario también puede ser tácita cuando realice un hecho indiscutible de actuación del contrato propuesto, pero, esta clase de aceptación solo tendrá los efectos de la aceptación expresa cuando de dicha aceptación tenga conocimiento el proponente dentro del término que se estableció para aceptar la propuesta.

La aceptación por parte del destinatario o destinatarios de la oferta puede realizarse de forma expresa o tácita. Al respecto, indica Corte Suprema de Justicia (en adelante C.S.J.), en sentencia del veintiséis (26) de enero de dos mil quince (2015) lo siguiente:

“Ocurre lo primero (la aceptación expresa) cuando quien aceptó la propuesta se lo hace saber al que la formuló, bien sea por escrito (art. 851 C. Co.) o verbalmente (art. 850 ibídem) dentro del término con el que cuenta para pronunciarse (arts. 850 a 853 C. Co.), en tanto la segunda, también conocida como «indirecta» se deduce de la conducta observada por el destinatario que deja entrever su voluntad de celebrar el contrato propuesto (*facta concludentia; facta ex quibus voluntas concludit potest*).

“En la última se aprecia «una conducta que no es por sí misma significativa de una declaración de voluntad, a diferencia de lo que sucede con las conductas expresivas», de modo que «de la conducta observada por el destinatario de la oferta contractual, se infiere que debe existir la voluntad de aceptarla (*indicium voluntatis*), por ser aquella incompatible con la voluntad contraria. Esta manifestación indirecta de la voluntad de aceptar se realiza a través de unos actos que, por sí mismos, no expresan dicha voluntad, y en ocasiones, son equívocos. Por ello, frecuentemente hay que recurrir a datos *extratestuali* para poder determinar si existe o no aceptación tácita».

En ese entendido, queda claro que la aceptación es el hecho que pone fin a la etapa precontractual, pues es a partir de esta que se celebra el Contrato propuesto. El consentimiento es la “piedra angular sobre la que descansa el contrato”, de modo que sea este expreso o tácito, siempre debe ser cierto y no presunto, y

fundamentado en hechos reales y positivos que lo demuestren de forma indiscutible. Dice la C.S.J. que los hechos que demuestren la aceptación deben producir “certeza sobre la conformidad del destinatario respecto de la propuesta y la convicción de que existe en él una clara y precisa voluntad de celebrar el contrato proyectado, tal cual aparece en la oferta que le fue formulada”.

Ahora bien, considerando lo expuesto acerca de la aceptación de una oferta, este Tribunal considera que la manifestación realizada por el señor Jaime Alberto Restrepo en la reunión del veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) no configura una aceptación que cumpla con los requisitos legales, por lo cual no podrá tenerse como aceptación clara e inequívoca de la oferta de compra de las acciones de PA Zeus, ya que: (i) la finalidad de su declaración era solicitar información que permitiera a los accionistas tomar la decisión de aceptar o no la oferta de PA Zeus y no la de aceptarla **en nombre de Polyban S.A.**, (ii) solo se trata de una expresión donde anuncia una **intención**, más no una manifestación o declaración de la voluntad indiscutible e inequívoca de que él, actuando en nombre y representación de Polyban S.A. tiene la clara convicción de celebrar el contrato de compraventa de acciones ofertado y (iii) el señor Jaime Alberto Restrepo acudió a la junta directiva en condición de miembro de junta directiva, es decir, como persona natural y administrador y no como representante legal de Polyban S.A.

En cuarto lugar, hay que tener en cuenta que si bien, de acuerdo al artículo 189 del C. de Co.¹⁴⁷, el acta de junta directiva es prueba de los hechos que consten en ella, esta solo prueba que Jaime Alberto Restrepo en efecto realizó una manifestación verbal, mas no constituye ni suple la formalidad de la carta escrita exigida por los estatutos, en especial, si se tiene en cuenta la falta de concreción de tal manifestación, entre otros aspectos.

La Superintendencia de Sociedades, mediante el oficio 220-034945 del 9 de mayo de 2006, puesto de presente por OTM en su contestación de la demanda, sostiene que: “las actas de la junta directiva cumplen una función eminentemente probatoria de lo sucedido durante las reuniones ordinarias o extraordinarias, pero nunca adquieren como tal el carácter de documento en el que la sociedad intervenga como otorgante, aceptante o suscriptor de obligaciones”.

¹⁴⁷ Art. 189 C de Co.: “Las decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, y firmadas por el presidente y el secretario de la misma, en las cuales deberá indicarse, además, la forma en que hayan sido convocados los socios, los asistentes y los votos emitidos en cada caso.

La copia de estas actas, autorizada por el secretario o por algún representante de la sociedad, será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas. A su vez, a los administradores no les será admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en las actas.”

Así las cosas, este tribunal concluye que a la manifestación verbal realizada por Jaime Alberto Restrepo en la reunión del 27 de septiembre 2016, contenida en el acta 143 de la junta directiva de ZOFRANCA S.A., no puede dársele el alcance pretendido por la convocante, pues: (i) fue realizada por Jaime Alberto Restrepo como personal natural, (ii) asistió a la reunión de la junta directiva en condición de administrador de ZOFRANCA S.A. y no en nombre y representación de Polyban S.A., (iii) no se trata de una manifestación inequívoca de aceptación de la oferta como lo exige la normativa comercial colombiana y la jurisprudencia de la SC CSJ, (iv) tampoco cumple con la solemnidad voluntaria establecida en los estatutos para este acto, pues el acta de junta directiva solo es prueba de la manifestación verbal realizada por Jaime Alberto Restrepo y no constituye ni suple la carta escrita necesaria. En consecuencia de lo anterior, esta manifestación verbal no tiene la aptitud de configurar una manifestación de adquirir las acciones en el marco del procedimiento de preferencia en la negociación de las acciones de ZOFRANCA S.A. iniciada por PA Zeus ni tampoco una aceptación de la oferta susceptible de formar el contrato de compraventa de acciones entre PA Zeus y Polyban S.A.

11.1.3.4.2. La manifestación de la voluntad de adquirir acciones mediante carta escrita.

Polyban S.A. mediante carta dirigida a ZOFRANCA S.A. del 6 de octubre de 2016 y fecha de recibido del 10 de octubre de 2016, expresa que:

“En mi calidad de Representante Legal de POLYBAN INTERNACIONAL S.A., manifiesto que sí haremos uso del “derecho de preferencial”, sobre el porcentaje que nos corresponda, del paquete de 203 acciones ofrecidas por el PATRIMONIO AUTÓNOMO ZEUS INVESTMENTS INC SUCURSAL COLOMBIA SHRIMP Co S. EN LIQUIDACION POR ADJUDICACIÓN, al precio ofertado de \$4.566.393.17 por acción.”¹⁴⁸

En primer lugar se resalta su extemporaneidad, pues a pesar de que la carta está fechada el 6 de octubre de 2016, tal y como lo confiesa la convocante en el hecho tercero de la demanda arbitral, fue recibida por ZOFRANCA S.A. hasta el 10 de octubre de 2016, esto es, dos días hábiles después del vencimiento del término estatutario de 15 días hábiles contados a partir del 15 de septiembre de 2016¹⁴⁹.

En segundo lugar y como elemento de juicio para apoyar el aparte inmediatamente anterior (2.2.1.4), se pone de presente que, a diferencia de cómo lo interpreta la convocante, este tribunal no encuentra ningún elemento gramatical ni semántico que permita inducir que se trata de una reiteración de una manifestación de voluntad previa de adquirir las acciones. En otros términos, la prueba documental referida, da cuenta de una

¹⁴⁸ Folio 65 del Tomo I cuaderno principal.

¹⁴⁹ Folio 445 del Tomo II cuaderno principal.

manifestación inicial de la aceptación de la oferta, pues no hace referencia alguna a que –según sostiene la convocante- dicha aceptación ya se había formulado previamente en el curso de la reunión de junta directiva del 27 de septiembre de 2016.

A pesar de que esta manifestación de voluntad si cumple con la solemnidad voluntaria de constar en carta escrita establecida en los estatutos, el tribunal debe desechar su eficacia jurídica por no haber sido entregada dentro del plazo establecidos estatutariamente, que ya se mencionó.

11.1.3.4.3. La manifestación de la voluntad de adquirir acciones respecto a la doctrina de los actos propios.

La doctrina probable de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia con apoyo al principio de la buena fe, ha construido y definido los lineamientos para la aplicación de la doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*) en el ordenamiento jurídico colombiano, así:

"Bajo tales parámetros, oportuno resulta asentar que si bien jurisprudencia y la doctrina no son concordantes en cuanto a los requisitos establecidos para considerar si, en estrictez, procede la teoría de los actos propios, la mayoría converge en señalar los siguientes como tales: i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes planteados; iii) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, iv) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio." (Sentencia SC del 21 de enero de 2001, reiterada en sentencias SC CSJ del 5 de agosto del 2014 y SC CSJ del 29 de agosto de 2014).

Con base en las pruebas analizadas en el aparte (11.1.2.2.2.2.1.) de este laudo, se considera que Polyban S.A. contraviene la doctrina de los actos propios al pretender desconocer las solemnidades establecidas en los estatutos de ZOFRANCA S.A. para la manifestación de la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia de la negociación de acciones, después de haberlas respetado en *todos los procedimientos anteriores*.

En el caso bajo análisis, encontramos todos los supuestos de aplicación establecidos por la doctrina probable de la SC CSJ, así:

1. Una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular:

Como se relacionó en el aparte (11.1.2.2.2.2.1.), Polyban S.A. siempre ha manifestado su voluntad de adquirir las acciones ofrecidas en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones por escrito y en el término estipulado. Generando expectativas legítimas en cabeza de ZOFRANCA S.A. y sus accionistas, de que, en caso de no cumplir con dichas exigencias estatutarias, no existiría interés en adquirir acción alguna.

2. Que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados:

Las pretensiones solicitadas en esta demanda arbitral son contradictorias y objetivamente incoherentes con los antecedentes anteriormente enunciados.

3. Que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente:

Esta nueva situación tiene trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente pues la convocante no solo pretende darle validez a un acto jurídico que no respeta las formalidades reconocidas con sus actos anteriores, sino que también pretende afectar (anular) contratos de compraventa realizados con base en las expectativas generadas por ella misma.

4. Que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio:

Todos los convocados participaron en uno o varios contratos de compraventa de acciones anteriores en donde Polyban S.A. respetó las solemnidades y plazos establecidos en los estatutos.

Considerando lo anteriormente expuesto, este tribunal no considera admisible que la convocante pretenda la declaratoria de existencia de un acto que contraría sus propios actos ni mucho menos la nulidad de otros actos que se celebraron siguiendo las expectativas que la convocante con sus propios actos generó.

11.2. La inexistencia del contrato de compraventa de acciones entre Polyban y PA Zeus.

En contraposición a lo pretendido por la convocante, este tribunal considera que no existe contrato de compraventa de sesenta y siete (67) acciones de ZOFRANCA S.A., entre PA Zeus como vendedor y Polyban Internacional S.A. como comprador, por cuanto:

1. La cláusula décima de los estatutos de ZOFRANCA S.A., a pesar de ser ambigua, de acuerdo al análisis jurídico y probatorio realizado en el aparte (11.1.2.2.2.) de este laudo, debe interpretarse

en el sentido de que si es necesaria la carta escrita para manifestar la voluntad la voluntad de adquirir las acciones en el marco de un procedimiento de preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A.

2. La solemnidad voluntaria establecida en el artículo décimo referenciado es válida y vinculante y por ende, toda manifestación de la voluntad de adquirir acciones en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones de ZOFRANCA S.A. que no sea expresada por medio de carta escrita no tendrá efectos jurídicos y no será apta de perfeccionar contrato alguno (aparte 11.1.2.2.3.).
3. La manifestación verbal realizada por Jaime Alberto Restrepo en la reunión de junta directiva del 26 de septiembre de 2016 no tiene la aptitud de configurar una manifestación de adquirir las acciones ni tampoco una aceptación de la oferta susceptible de formar el contrato de compraventa de acciones entre PA Zeus y Polyban S.A. Lo anterior teniendo en cuenta que esta fue realizada por Jaime Alberto Restrepo como personal natural, administrador de ZOFRANCA S.A., no en nombre y representación de Polyban S.A. y el acta en que consta esta manifestación verbal no suplente la solemnidad voluntaria requerida en los estatutos (aparte 11.2.1.4.).
4. La manifestación escrita realizada por Polyban S.A. que radicó en ZOFRANCA S.A. el 10 de octubre de 2016 fue extemporánea (aparte 11.2.1.5.).
5. No es admisible que la convocante pretenda la declaratoria de existencia de un acto que contraría objetiva y flagrantemente sus propios actos (aparte 11.2.1.6.).

No existen elementos de convicción que permitan que se formó un contrato concluir entre Polyban y PA Zeus, de manera que se procederá a desestimar la pretensión 1.1. de la demanda arbitral, así como la 1.5. por ser consecencial de la 1.1.

11.3. Las nulidades y/o “ilegalidades” solicitadas por la convocante.

Con el objetivo de estudiar las nulidades solicitadas por la convocante, este tribunal se referirá en primer lugar a aquellas solicitadas por haberse trasgredido el derecho de preferencia al no haberse tenido como aceptada por Polyban la oferta del PA Zeus, en segundo lugar a aquellas solicitadas por haberse trasgredido el derecho

de preferencia al no haberse realizado una segunda vuelta dentro del procedimiento de preferencia iniciado por PA Zeus y finalmente, en tercer lugar, a aquellas solicitadas por existir un presunto conflicto de interés.

11.3.1. Nulidades solicitadas por haberse trasgredido el derecho de preferencia al no haberse tenido como aceptada por Polyban la oferta del PA Zeus.

La convocante justifica estas nulidades, así:

“La venta realizada por ZOFRANCA S.A. a OTM SAS, COMAI LTDA, y el señor Juan Carlos Lemaitre Vélez, carece de validez por haber sido trasgredido el legítimo derecho de la sociedad que apodero de adquirir de manera preferente una parte de las acciones ofrecidas por el Patrimonio Autónomo Zeus, derecho que fue ejercido de manera ajustada a Derecho en curso de la reunión de Junta Directiva de la sociedad ZOFRANCA S.A. de fecha veintisiete (27) de septiembre de 2016.”

Los estatutos de ZOFRANCA S.A. no establecen formalidad alguna para que el accionista interesado en adquirir las acciones transmita su aceptación o consentimiento, de manera que exigir que ello sea mediante comunicación escrita constituye una violación rampante del derecho de preferencia, máxime cuando la referida aceptación consta por escrito.

En la reunión de Junta Directiva de ZOFRANCA S.A. del día 27 de septiembre de 2016 el representante legal de ZOFRANCA S.A. escuchó de viva voz del representante legal de POLYBAN INTERNACIONAL S.A. la intención de ésta compañía de adquirir las acciones que le correspondieran según la proporcionalidad respectiva, de las ofrecidas en venta por el Patrimonio Autonomo Zeus; de manera que ello constituye una aceptación pura y simple, que además quedó documentada en el acta de la propia reunión.”

No se comparte esta argumentación, ni tampoco su conclusión, por cuanto:

1. Como se explicó en el aparte (11.2.1.4.) Polyban no ejerció el derecho de preferencia conforme a derecho dentro de la reunión de junta directiva referenciada. No se vulneró el derecho de preferencia en le negociación de acciones por no haber tomado como aceptada por Polyban la oferta de PA Zeus. porque la manifestación verbal realizada por Jaime Alberto Restrepo en la reunión de junta directiva del 26 de septiembre de 2016 no tiene la aptitud de configurar una manifestación de adquirir las acciones ni tampoco una aceptación de la oferta susceptible de formar el contrato de compraventa de acciones entre PA Zeus y Polyban S.A. Pues esta fue realizada por Jaime Alberto Restrepo como personal natural, administrador de ZOFRANCA S.A. y no en nombre y

representación de Polyban S.A.; de igual manera, el acta en que consta esta manifestación verbal no supe la solemnidad voluntaria requerida en los estatutos (aparte 11.2.1.4.).

2. El ejercicio del derecho de preferencia si se encuentra sometido a la solemnidad de la carta escrita (11.1.2.2.2.). Solemnidad voluntaria válida y vinculante dentro del ordenamiento jurídico colombiano (aparte 11.1.2.2.3.). Dado que esta solemnidad no se cumplió en tiempo, no se ve vulnerado el derecho de preferencia en la negociación de acciones por no haber tomado como aceptada por Polyban la oferta de PA Zeus.
3. Por último se reitera que, no es admisible que la convocante pretenda la declaratoria de nulidad de contratos con base en actos que contrarían objetiva y flagrantemente sus propios actos (aparte 11.2.1.6).

Dado que no se encuentra vulneración alguna al derecho de preferencia en la negociación de acciones, se desestimarán las pretensiones 1.2., 1.3. y 1.4. de la demanda arbitral.

11.3.2. Nulidades solicitadas por haberse trasgredido el derecho de preferencia al no haberse llevado a cabo segunda vuelta.

Como se explicó en el aparte (11.1.2.2.1.), el derecho de preferencia en la negociación de acciones es una excepción a la regla general de la libre negociación de acciones establecida en los artículos 379 y 401 del Código de Comercio¹⁵⁰.

Considerando que los estatutos nada establecen sobre la necesidad de realizar una segunda vuelta, una vez realizada la única vuelta, la excepción se ve cumplida y por ende entra a regir la regla general de la libre negociación, quedando facultado PA Zeus para enajenar sus acciones libremente a quien, por su autonomía de la voluntad¹⁵¹, crea conveniente, como en efecto considera el tribunal que sucedió.

¹⁵⁰

Art. 379 C de Co.: “Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:
(...)”

3) El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos; (...)”

Art. 401 C de Co.: “Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes:

- 1) Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular;
- 2) Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia;
- 3) Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general, y
- 4) Las acciones gravadas con prenda, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor.”

¹⁵¹ Art. 333 C.P.

Así pues, no se encuentra ninguna nulidad que por este concepto deba ser declarada, pues, además de que no haber realizado la segunda vuelta en la negociación de acciones no vulnera norma imperativa alguna ni los estatutos sociales, esta es una conducta apoyada en el principio constitucional de la autonomía privada (art. 333 C.P) y la regla general de la libre negociabilidad de acciones consagrada en los artículos 379 y 401 del Código de Comercio¹⁵², que opera una vez se agota el derecho de preferencia pactado, tal como ocurrió.

11.3.3. Nulidades solicitadas por haber existido un presunto conflicto de interés.

El régimen societario colombiano actual consagra, en cabeza de los administradores, el deber legal de “abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros” (art. 23 L 222/95). Este deber legal obliga al administrador a estudiar cada situación a efecto de determinar si incurre o no en un conflicto de interés. Dado que su obligación consiste en abstenerse, la duda respecto a la configuración de los actos de competencia o de conflicto de interés, no exime al administrador de la obligación de abstenerse de participar en las actividades respectivas.

La Superintendencia de Sociedades por Memorando Interno 321- 014 (Sic), expuso los elementos constitutivos de un conflicto de interés: “1. La existencia de dos intereses contrapuestos, uno en cabeza de la sociedad y el otro en la del administrador; 2. La posibilidad del administrador de elegir a favor de los intereses propios frente a los de la sociedad que administra”. Existiendo también varias sentencias de la delegatura para procedimientos mercantiles de la misma entidad, en las que se ha sostenido que existe un conflicto de interés cuando el administrador contrata directamente con la sociedad en la que ocupa ese cargo. Bajo ese fundamento, el artículo 839 del Código de Comercio Colombiano consagra en relación a la representación consagra: “No podrá el representante hacer de contraparte del representado o contratar consigo mismo, en su propio nombre o como representante de un tercero, salvo expresa autorización del representado”.

Contrastando el alcance de la institución jurídica del conflicto de interés con los hechos que motivan la demanda arbitral es claro que nunca existió tal conflicto, pues en el caso concreto el representante legal de ZOFRANCA S.A., señor JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ, jamás realizó acto jurídico alguno entre sí como

152

Art. 379 C de Co.: “Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:

(...)

3) El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos; (...)”

Art. 401 C de Co.: “Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes:

- 1) Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular;
- 2) Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia;
- 3) Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general, y
- 4) Las acciones gravadas con prenda, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor.”

persona natural y la sociedad que administra ZOFRANCA S.A. Lo anterior máxime cuando el único contrato en el que fue parte fue entre él y PA Zeus, esto es, un tercero.

Debe tenerse en cuenta además, que la compraventa de acciones entre JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ y PA Zeus se llevó a cabo en ejercicio del derecho de preferencia previsto en los estatutos de ZOFRANCA S.A., en condiciones uniformes a las de los demás accionistas de esa sociedad.

Finalmente, no considera este tribunal que la omisión de convocar a asamblea de accionistas de ZOFRANCA S.A. para considerar la oferta de PA Zeus, haya sido la manifestación de un conflicto de interés del mencionado Señor Lemaitre, resuelto en favor de sus intereses por encima de los de ZOFRANCA. Según se estableció en el punto 11.1.2.2.3. solo era pertinente tal convocatoria en caso de que ninguno de los accionistas aceptara la oferta de PA Zeus, lo cual no aconteció.

Así pues, no se encuentra ninguna nulidad que por este concepto deba ser declarada según el planteamiento que hizo la convocante en sus alegatos de conclusión, pues no existió conflicto de interés que puedan viciar los contratos de compraventa entre los accionistas y PA Zeus.

11.4. Consideraciones específicas en relación a las pretensiones y excepciones.

11.4.1. En relación a las pretensiones:

11.4.1.1. Pretensión primera:

“Que se declare la existencia del contrato de compraventa de sesenta y siete (67) acciones de ZOFRANCA S.A., entre Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co. S en Liquidación por Adjudicación, como vendedor, y Polyban Internacional S.A. como comprador, derivado de la aceptación oportuna por parte de Polyban Internacional S.A. de la oferta de venta de acciones ofrecidas por el referido patrimonio autónomo;”

Como se determinó en el aparte (11.3.) el pretendido contrato de compraventa entre PA Zeus y Polyban S.A. nunca logró nacer a la vida jurídica, razón por la cual, se desestimaré esta pretensión.

11.4.1.2. Pretensión segunda:

“Que se declare la nulidad y/o ilegalidad parcial de las ventas de las acciones de ZOFRANCA S.A., celebradas entre Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co. S en Liquidación por Adjudicación, como vendedor, por una parte, y por la otra, OTM SAS, JUAN CARLOS

LEMAITRE VÉLEZ, y COMAI LTDA, como compradores, por haber transgredido el ejercicio del derecho de preferencia de la sociedad que apodero;”

Como se determinó en el aparte (11.4) no hubo vulneración alguna al derecho de preferencia en la negociación de acciones, no existió conflicto de interés, ni tampoco puede admitirse una solicitud de nulidad en contravía de los actos propios, razón por la cual, deberá desestimarse esta pretensión.

11.4.1.3.Pretensión tercera:

“Que se declare la nulidad y/o ilegalidad parcial de la anotación en el libro de registro de accionistas de ZOFRANCA S.A., de las ventas de las acciones celebradas entre Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co. S en Liquidación por Adjudicación, como vendedor, por una parte, y por la otra, OTM SAS, JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ, y COMAI LTDA, como compradores, por haber transgredido el ejercicio del derecho de preferencia de la sociedad que apodero;”

Como se determinó en el aparte (11.4) no hubo vulneración alguna al derecho de preferencia en la negociación de acciones, no existió conflicto de interés, ni tampoco puede admitirse una solicitud de nulidad en contravía de los actos propios, razón por la cual, debe desestimarse esta pretensión. Lo anterior máxime, cuando la inscripción en libros de la transferencia de acciones se lleva a cabo por expreso mandato legal del artículo 416 C de Co.¹⁵³.

11.4.1.4.Pretensión cuarta:

“Que se declare la nulidad y/o ilegalidad parcial del reparto de dividendos que se hubiera efectuado y/o que pueda llegar a surtir con ocasión a las ventas de las acciones celebradas entre Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co. S en Liquidación por Adjudicación, como vendedor, por una parte, y por la otra, OTM SAS, JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ, y COMAI LTDA, como compradores, por haber transgredido el ejercicio del derecho de preferencia de la sociedad que apodero;”

Como se determinó en el aparte (11.4) no hubo vulneración alguna al derecho de preferencia en la negociación de acciones, no existió conflicto de interés, ni tampoco puede admitirse una solicitud de nulidad en contravía de los actos propios, razón por la cual, debe desestimarse esta pretensión. Lo anterior máxime, cuando el reparto de dividendos se trata de un derecho de los accionistas conforme al artículo 379 C de Co.¹⁵⁴.

¹⁵³ Art. 416 C de Co.: “La sociedad no podrá negarse a hacer las inscripciones en el libro de registro de acciones, sino por orden de autoridad competente o cuando se trate de acciones para cuya negociación se requieran determinados requisitos o formalidades que no se hayan cumplido.”

¹⁵⁴ Art. 379 C de Co.: “ Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:

11.4.1.5.Pretensión quinta:

“Como consecuencia de las anteriores peticiones, y de la consecuente nulidad genérica de las enajenaciones efectuadas con desconocimiento del derecho de preferencia ejercido por la sociedad que apodero, se ordene a ZOFRANCA S.A. que dé cumplimiento al contrato de compraventa de las sesenta y siete (67) acciones de ZOFRANCA S.A., celebrado entre el Patrimonio Autónomo y la convocante, indicando a ésta última el número de la cuenta bancaria y el nombre de la entidad bancaria en la cual debe depositar a favor del Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co. S en Liquidación por Adjudicación, la suma de TRESCIENTOS CINCO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS M/L (\$305.948.342,17), por concepto del precio de las referidas acciones dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga.”

Considerando que las demás pretensiones de las que esta es consecuencial fueron negadas, esta también deberá rechazarse.

11.4.1.6.Pretensión sexta:

“Que se condene a las sociedades Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co. S en Liquidación por Adjudicación, OTM SAS, COMAI LTDA, y al señor Juan Carlos Lemaitre Vélez, al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en Derecho, en caso de formular oposición a las pretensiones de la demanda.”

Teniendo en cuenta que ninguna de las pretensiones fue acogida por el tribunal, no se accederá a condenar en costas a los demandados.

11.4.2. En relación con las excepciones:

Después de haber realizado un estudio minucioso y juicioso de las Pretensiones, el tribunal arribará a la conclusión de que ninguna de ellas está llamada a prosperar, puesto que según se acaba de exponer no le asiste a la demandante el derecho para que ello ocurra. Los análisis efectuados por el tribunal del material probatorio, del derecho positivo aplicable y de los argumentos de las partes llevan a tal conclusión.

Por lo tanto, no se hará pronunciamiento explícito y específico sobre las expresiones de fondo presentadas por las convocadas, puesto que ello resulta superfluo en vista de que las pretensiones serán desestimadas en su totalidad.

(...)

2) El de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos; (...)”

Sobre el particular, la doctrina probable de la SC CSJ, determinó las condiciones en las cuales deben o no analizarse detalladamente las excepciones en una demanda, así:

“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; **la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.**

Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen.” (Negrilla fuera de texto) (SC CSJ sentencia del 11 de junio de 2001 reiterada en sentencias del 9 de diciembre del 2004 y del 8 de marzo de 2017).

De acuerdo con lo anterior, el juzgador debe iniciar con un estudio sobre las pretensiones y solo en caso de que dicho estudio desemboque de forma favorable a las mismas, estará obligado a pronunciarse sobre las pretensiones; en caso de que las pretensiones se rechacen, el juzgador podrá, por sustracción de materia, abstenerse del estudio de las excepciones.

Con base en la citada y reiterada jurisprudencia de la SC CSJ, la jurisprudencia arbitral ha concluido que:

“194. Por consiguiente, es patente que la denegación de las Pretensiones trae consigo que no sea menester adentrarse en el estudio de las Excepciones, independiente de que en función de su correlación con aquellas se haya aludido de manera particular a una de estas en el acápite B.4 supra.

195. De esta forma, la parte resolutive del Laudo recogerá, entonces, lo aquí consignado sobre la necesidad de abordar de manera expresa y puntual la evaluación de las Excepciones.” (Laudo del 1 de julio

de 2016 ECOSEIN S.A.S. VS AGUAS NACIONALES EPM S.A. E.S.P. en Cámara de Comercio de Bogotá)¹⁵⁵.

En esa misma línea argumentativa, la SC CSJ ha establecido:

“Cuando se habla de la coherencia que debe existir entre la sentencia, por un lado, y las pretensiones y los hechos de la demanda, y las excepciones del demandado, por el otro, no se está diciendo que ello representa una exigencia que solo pueda ser cumplida de una cierta y determinada manera. Por lo tanto, si bien es deseable que el juez aluda de modo específico tanto a los hechos de la demanda como a las consecuentes pretensiones y a las excepciones del demandado, en razón de que así la sentencia gana en claridad y precisión, de hecho no son pocas las oportunidades en las cuales la resolución concerniente a un punto cualquiera suele estar implícitamente consignada en el relativo a otro u otros, pues como desde vieja data lo tiene señalado la jurisprudencia de la Corte, distinto a no decidir uno de los puntos de la litis es decidirlo en cierto sentido, así la determinación respectiva no sea perceptible *prima facie* ora porque se halla sobreentendida o involucrada en otra resolución, ora porque es en la motivación donde se la identifica”. (SC CSJ sentencia del 15 de noviembre de 1995).

Cuestión que en el caso cobra gran relevancia, pues en el estudio realizado para rechazar las pretensiones de la demanda, implícitamente se encuentran acogidos ciertos hechos y argumentos jurídicos expuestos en las excepciones de mérito interpuestas por los convocados¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Posición reiterada en los laudos:

1. Laudo del 8 de Mayo de 2012 – Banco de la República vs. Fondo Financiero de Desarrollo – Fonade;
2. Laudo del 5 de Febrero de 2015 – Industria Nacional de Gaseosas S.A. vs. Industria de Restaurantes Casuales Limitada; y
3. Laudo del 8 de Julio de 2015 – Gas Natural S.A. E.S.P. vs. Promioriente S.A. E.S.P., todos correspondientes a arbitrajes adelantados en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

¹⁵⁶ En especial las siguientes excepciones:

Por OTM S.A.S.:

“1. Inviolabilidad de los estatutos sociales- inmutabilidad de la forma de como comunicar la intención de adquirir acciones del literal d.) del artículo décimo de los estatutos sociales de zona franca s.a.

2. Verdadera naturaleza de las actas de la Junta Directiva.”

“3. Extemporaneidad de la comunicación la demandante que manifiesta su intención de adquirir las acciones del Patrimonio Autónomo Zeus.”

“4. Inexistencia del contrato de compraventa de acciones.”

Por PA Zeus:

“1. Inexistencia de la obligación.”

“4. Ausencia de elementos normativos para configurar una causal de nulidad de la venta de las acciones realizada por el Patrimonio Autónomo Zeus Investments Inc Sucursal Colombia Cartagena Shrimp Co.S en liquidación por adjudicación.”

Por ZOFRANCA S.A.

Considerando que: (i) la denegación de las pretensiones conlleva que no sea necesario realizar el estudio de las excepciones, independientemente de que el tribunal las haya tenido en cuenta o no para rechazar las primeras y (ii) el estudio de las pretensiones conllevó implícitamente un pronunciamiento sobre las excepciones de mérito propuestas por los convocados, este tribunal decide abstenerse de pronunciarse sobre las excepciones de fondo presentadas por las convocadas de forma explícita y específica.

12. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO Y SANCIÓN.

Observa el Tribunal que, no obstante PA Zeus al contestar la demanda arbitral, objetó el juramento estimatorio bajo el enfoque de determinar y demostrar que “Polyban Internacional S.A., no ha tenido perjuicios ciertos, actuales y reales, en tanto y cuanto, nunca desembolsó suma alguna o destinó la suma de dinero a la que hace referencia en el libelo de la demanda a pagar las acciones, no hay lugar a imponer la sanción de que trata el parágrafo del artículo 206 del CGP”.

En efecto, El juramento estimatorio en la actual legislación procesal patria, se entiende como un medio de prueba no excluyente ni exclusiva, al punto que:

- 1.- La norma prevista en el artículo 206 del CGP dispone que la sanción por temeridad procede para aquellos eventos en los cuales los perjuicios probados en el proceso resulten inferiores en un 50% a los estimados.
- 2.- La norma no prevé que proceda sanción alguna para el evento en que no prosperen las pretensiones de la demanda por una razón distinta a la falta de la demostración de los perjuicios, lo que significa que, si el no reconocimiento de las pretensiones obedece a otra causa, no habrá lugar a imponer ningún tipo de sanción.
- 3.- Si la ausencia de prosperidad de las pretensiones se basa en la falta de prueba del perjuicio, la sanción, a la luz de la citada norma solo procede si se evidencia la existencia de un “actuar negligente o temerario de la parte” a la que le correspondía la prueba

“3. Buena fe.”

Por COMAI LTDA.

“2. Legalidad del negocio jurídico de compraventa de acciones de la sociedad ZOFRANCA S.A. entre las sociedades accionistas FIDUAGRARIA S.A. Y COMAI LTDA.”

“3. La manifestación efectuada por la sociedad Polyban S.A., en el acta no. 143 de la junta directiva no debe tomarse como la aceptación de la oferta de venta de las acciones de la sociedad Fiduagraria S.A., dicha aceptación consta en la comunicación remitida a Zona Franca S. A., el día 10 de octubre de 2016, la cual fue presentada de manera extemporánea de acuerdo a lo establecido en los estatutos de la sociedad.”

Por Juan Carlos Lemaitre:

“1. Inexistencia del derecho de preferencia.”

4.- Es claro entonces que la sanción es excepcional y que el Tribunal debe aplicar dicho criterio de manera estricta precisamente por la naturaleza jurídica de la consecuencia en la aplicación de la norma Y, de acuerdo con ella, la sanción solo cabe:

a.- Cuando efectivamente haya una condena en perjuicios y esté acreditado que su monto sea inferior en un cincuenta por ciento al valor estimado.

b. – Cuando la única razón por la cual se hayan desechado las pretensiones de la demanda sea la falta de prueba del perjuicio y se evidencie negligencia o temeridad del Demandante en su acreditación.

En la medida en que ninguno de los presupuestos anteriores se cumple en el *sub iudice*, es claro que no habrá lugar a imponer la sanción prevista en el artículo 206 del CGP a la Convocante.

13. COSTAS.

Establecidas las anteriores consideraciones, el Tribunal procede a determinar la condena en costas a la parte Convocante de acuerdo con los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso, en cuanto precisan que habrá lugar a Costas cuando aparezca en el expediente que se causaron y en la medida de su comprobación y que *“están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”*.

13.1. Honorarios y gastos del tribunal.

De conformidad con lo dispuesto en el **AUTO N°6** del 26 de febrero de 2018 (Acta No. 4), se fijaron los honorarios y gastos para funcionamiento del Tribunal de Arbitramento en la suma de **TREINTA Y UN MILLONES QUINIENTOS TREINCINCO MIL TRECIENTOS CINCUENTA PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$31.535.350,70)**. Al respecto, el Tribunal condenará a Polyban S.A. a pagarle a las convocadas lo que ellas sufragaron por concepto de los honorarios y gastos antes mencionados, sin perder de vista que está acreditado en el expediente el pago asumido por Zofranca S.A. en la oportunidad legal y el reembolso realizado por O.T.M S.A.S. a la parte Convocante y que no se demostró pago o reembolso de los demás integrantes de la parte convocada de tales honorarios y gastos.

13.2 Agencias en derecho.

Adicionalmente, concluye el Tribunal que, en cuanto a las agencias en derecho, entendidas como los gastos derivados de la defensa judicial de quien resulta ganador en un determinado litigio, dadas las particularidades de este proceso, la absoluta falta de temeridad de las partes y por ser de única instancia, se fijarán conforme los lineamientos del Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura N°PSAA-10554 de fecha 5 de agosto del 2016 en relación con la tarifa de los procesos declarativos de única instancia, en una suma equivalente al 7% del valor de las pretensiones, la cual en este proceso, según lo precisado en AUTO N°6 del 26 de febrero de 2018 (ACTA N° 4), asciende a la suma de TRESCIENTOS CINCO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS M/L (\$305.948.342,17), correspondiendo entonces las agencias en derecho a la suma de VEINTIUN MILLONES CUATROCIENTOS DIECISEIS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/L (\$21.416.383), que atendiendo al número de integrantes de la parte Convocada en este proceso, a proporción, corresponde reconocer a cada una de ellas el valor de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/L (\$4.283.276,00) por agencias en derecho.

Conforme a lo anterior, las sumas que por agencias en derecho deberá asumir la parte Convocante Polyban Internacional S.A., podrán ser compensadas con las sumas que por concepto de honorarios y gastos, fijó el Tribunal en el AUTO No. 6, y que debieron pagar los integrantes de la parte Convocada. Está acreditado en el expediente el pago asumido por ZOFRANCA S.A. en la oportunidad legal y el reembolso realizado por O.T.M S.A.S. a la parte Convocante y que no se

demonstró pago por reembolso de los demás integrantes de la parte convocada de tales honorarios y gastos.

14. RESUELVE.

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, este tribunal arbitral resuelve:

14.1. Sobre las pretensiones de la demanda.-

Denegar todas las pretensiones de la demanda.

14.2. Sobre las excepciones.

Acogerse a lo establecido en el aparte (11.4.2.) de este laudo y por lo tanto abstenerse de pronunciarse sobre las excepciones de fondo presentadas por las convocadas.

14.3. Sobre el juramento estimatorio.

Abstenerse de imponer cualquier sanción a la convocante Polyban S.A por las razones expuestas en la parte motiva del laudo.

14.4. Sobre las costas del proceso y las agencias en derecho.

1. **Condenar** a Polyban Internacional S.A. a pagar por concepto de honorarios y gastos del tribunal de arbitramento la suma de **TRES MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CUATRO PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS M/L (\$3.468.404,24)** a favor de ZOFRANCA S.A. y **TRES MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y UN PESOS M/L (\$3.394.141,00)** a favor de OTM S.A.S.
2. **Condenar** a Polyban Internacional S.A. al pago en favor de Patrimonio Autónomo Zeus I. del monto total de **CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/L (\$4.283.276,00)** por concepto de agencias en derecho, de conformidad con la liquidación que obra en el aparte **13.** de este Laudo.
3. **Condenar** a Polyban Internacional S.A. al pago en favor de JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ del monto total de **CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/L (\$4.283.276,00)** por concepto de agencias en derecho, de conformidad con la liquidación que obra en el aparte **13.** de este Laudo.
4. **Condenar** a Polyban Internacional S.A. al pago en favor de COMAI LTDA del monto total de **CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/L (\$4.283.276,00)** por concepto de agencias en derecho, de conformidad con la liquidación que obra en el aparte **13.** de este Laudo.
5. **Condenar** a Polyban Internacional S.A. al pago en favor de ZOFRANCA S.A. del monto total de **CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/L (\$4.283.276,00)** por concepto de agencias en derecho, de conformidad con la liquidación que obra en el aparte **13.** de este Laudo.
6. Los pagos a que se refieren las condenas anteriormente proferidas, deben realizarse dentro de los 10 días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo arbitral.

14.5. Sobre los aspectos procesales.

1. **Ordenar** la liquidación final de las cuentas del Proceso.
2. **Ordenar** la devolución a la partes de las sumas no utilizadas de la partida decretada para gastos del proceso, si a ello hubiere lugar.
3. **Disponer** que se entregue a los árbitros y al secretario del Tribunal el saldo de sus honorarios, previa deducción del 2% sobre los honorarios de los árbitros, suma que deberá ser consignada a órdenes

del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, de conformidad con lo previsto en la Ley 1743 de 2014.

4. **Ordenar** que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.
5. Una vez ejecutoriado el Laudo, **Remitir** el expediente de este Proceso al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena para que proceda al archivo del mismo de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

JUAN GUILLERMO HINCAPIÉ MOLINA

Presidente

RICARDO VANEGAS BELTRÁN

Árbitro

JORGE LEÓN CEBALLOS ACOSTA

Árbitro

LILIANA BUSTILLO ARRIETA

Secretario

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE GAM CONSTRUCCIONES S.A.S
CON DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS

FECHA DE LAUDO: 24 de octubre de 2018

PARTE CONVOCANTE: GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.

PARTE CONVOCADA: DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE CARTAGENA

FECHA LAUDO: 24 de octubre de 2018

ÁRBITRO (S): WILSON TONCEL, MARIA PATRICIA PORRAS Y NICOLAS PAREJA BERMÚDEZ

SECRETARIO (A): MONICA SAFAR

TEMAS: Contrato de concesión, liquidación del contrato de concesión, obras adicionales, mayores obras dentro del contrato.

RESUMEN TEMÁTICO: El contrato de concesión dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y en especial para las normas que rigen la contratación del Estado, lo estatuyen como uno de naturaleza autónoma al contrato de obra pública, con características plenamente diferenciables y del cual puede manifestarse en tres variables: (i) como un servicio público, (ii) una obra pública o (iii) un bien público.

En el asunto objeto de estudio, el cual se origina en el mencionado contrato de concesión previamente definido, el Tribunal decide acerca de (i) la liquidación del contrato suscrito entre las partes y como consecuencia de ello, los saldos que en su favor reclama la convocante sobre la convocada, tales como (ii) el valor pendiente de recaudar por concepto de contribución por valorización, (iii) el valor equivalente a los errores de concedente que implicaron disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, según lo establecido en la Cláusula Vigésima del Contrato VAL 01-05, referente a la “*Garantía de ingreso por valorización*”; (iv) la suma equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, como obra adicional ejecutada por el concesionario para garantizar la calidad y estabilidad del proyecto, y; (v) la suma equivalente a los gastos no presupuestados y autorizados por el Distrito para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia.

En ese orden respecto de (i) **la liquidación del contrato de concesión**, el tribunal señaló que en contratos como en el de objeto de estudio, *una vez terminada la relación jurídico vinculante entre las partes contratantes procede su liquidación, o sea desarrollar el procedimiento en virtud del cual las partes cruzan cuentas respecto a sus obligaciones para determinar si pueden declararse, en todo o en parte, mutuamente a paz y salvo, o precisar en la liquidación si existen obligaciones por cumplir y acordar formas de cumplimiento, extremo de la litis sobre el que no hay controversia* pues no se observa de las pruebas allegadas al expediente, acreditación alguna de liquidación hecha de mutuo acuerdo o unilateralmente por la Administración, dentro de la oportunidad legal prevista para ello.

Ahora bien frente a (ii) **el valor pendiente de recaudar por concepto de contribución por valorización** exigido por la sociedad convocante, el Tribunal indicó que los contratos de obra pública y de concesión de obra pública vienen definidos en el citado Estatuto como “*los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la*

adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. En ese sentido, al ser esta pretensión una de las obligaciones a las que llegaron las partes dentro del contrato de concesión de obra pública, es de reconocerse que se trata de un pedimento objetivo por así haberse acordado en el contrato, lo que encontramos ajustado a derecho por ser aquel un contrato de concesión de los de primera generación donde casi todo el riesgo del recaudo de la contribución de valorización se trasladaba a la entidad concedente, cuyo reconocimiento sólo depende de lo probado en ese sentido, lo que en efecto así lo encuentra acreditado el Tribunal y lo declarará impartiendo las órdenes de pago de rigor.

Pues bien, respecto de (iii) **el valor equivalente a los errores de concedente que implicaron disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5%**, el Tribunal tuvo en cuenta lo dicho en *Laudo Arbitral de 14 de octubre de 2014 proferido dentro del proceso arbitral promovido por la Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (absorbida por la ahora demandante) contra el Distrito de Cartagena – Departamento Administrativo de Valorización Distrital, aportado al proceso como prueba documental anexa a la demanda, motivo por el cual, dado la identidad de partes y de pretensiones, considera este Tribunal relevante traer a colación sus consideraciones al respecto: El acto administrativo distribuidor de la contribución por valorización en el Contrato de VAL 01–05, fue la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008), y el análisis de si hubo o no errores en dicho acto que implicaren disminución del total esperado por el contratista con el recaudo de las contribuciones individuales de los titulares de los predios, es un aspecto objetivo que no requiere mayores soportes analíticos, salvo lo concerniente a la falta de planeación previa del contrato, que por ser ello del resorte del contratante, es responsabilidad de la entidad la consecuencia de ello”.*

Otro aspecto a dilucidar, refiere a (iv) **la suma equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, como obra adicional ejecutada por el concesionario para garantizar la calidad y estabilidad del proyecto**, para ello el Tribunal consideró necesario analizar si la construcción de una corona de terraplén con material seleccionado e=30 cm dentro del contrato de marras constituía una obra adicional, o por el contrario una mayor cantidad de obra y para ello se trajo a colación lo dicho por el Consejo de Estado, quien diferenció entre ambas figuras y aseveró que mientras la mayor cantidad de obra se entiende como ejecución de mayores cantidades de unos ítems contemplados en el contrato, mientras que las obras adicionales hacen referencias a aquellas obras carentes de consagración en el contrato y sobre las cuales es necesario establecer nuevos precios unitarios. A raíz de lo anterior se estableció que la elaboración de una corona de terraplén diferente al inicialmente presupuestado, constituyó una obra adicional. Sin embargo para el caso bajo estudio, no se acreditó pro parte de la convocante, de que la entidad convocada hubiese acordado con el contratista la ejecución de obras diferentes a las pactadas en el contrato a través de un contrato adicional, ni tampoco se encuentra dentro de las causales establecidas en la jurisprudencia, para el reconocimiento excepcional de actividades catalogadas dentro de la *actio in rem verso* pues no se prueba, ni el constreñimiento por parte de la entidad contratante, ni la urgencia en la ejecución de la obra en aras de preservar la salud o la vida que imposibilitara la suscripción del contrato adicional, ni mucho menos que se tratara de una situación ante la cual debiera declararse la urgencia manifiesta.

Finalmente, frente al último aspecto a considerar dentro del objeto de estudio, esto es, **(v) la suma equivalente a los gastos no presupuestados y autorizados por el Distrito para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia**, señaló el Tribunal que en atención a la aplicación de los artículos 13 y 23 de la ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 1603 del Código Civil, *según los cuales las partes de un contrato deben obrar de buena fe en sus relaciones contractuales, incluido el deber de colaboración que éstas deben brindarse recíprocamente; así mismo, en atención al deber del juzgador de interpretar, calificar e integrar los contratos materia de valoración procesal*. Consideró relevante lo dicho por el Consejo de Estado, en cuanto a la interpretación, calificación e integración de los contratos. En ese orden de ideas, , atendiendo el principio de la buena fe, singularizado también en el deber de colaboración que se espera de la partes de un contrato, así como la necesidad de integrar el negocio jurídico en el estudio del presente proceso, encuentra el Tribunal que aun cuando en el Contrato VAL 001 – 05 no se estipuló que el contratista debía encargarse de la atención de procesos tales como el de consulta previa a las comunidades vecinas al Proyecto objeto del referido contrato, es evidente que la sentencia de tutela de 16 de abril de 2013 dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena ordenó al Distrito realizar en las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey tal trámite con carácter imperativo, de tal manera que no era posible sustraerse a la orden librada por la autoridad jurisdiccional, lo cual se constituyó en un deber obligatorio para darle continuidad regular al proyecto. Así las cosas, para este Panel Arbitral están probados tanto la existencia del contrato en mención como el gasto por éste generado y el pago final del valor o precio del mismo, valores que deberán ser reconocidos y pagados según las tasas de mora y cálculos acreditados mediante peritaje.

REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES.

NORMAS: Ley 105 de 1993 artículo 30 Ley 80 de 1993 artículos 32, 60, ; Ley 1437 de 2011 artículos 164; Ley 1150 de 2007 artículos 11, 32 ;Código Civil artículos 1494, 1602, 1618 y siguientes, Ley 1682 de 2013; Ley 1882 de 2018

JURISPRUDENCIA:

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 25 de mayo de 2010
- Corte Constitucional, Sentencia C-086/16
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de enero de 2001, Exp. 5507.
- Consejo de Estado, Sentencia de 26 de febrero de 2015
- Consejo de Estado, Sentencia de 7 de diciembre de 2017
- Consejo de Estado, en sentencia de 17 de junio de 2017
- Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 1996
- Corte Constitucional, sentencia C-711 de 1996.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de 9 de 2004, Exp. 27.921, y sentencia de 19 de junio de 1998, Exp. 10.217.
- Corte Constitucional, Sentencia C-068 de 2009.
- Corte suprema de justicia, Sala de Csación Civil sentencia oct. 29/2007, Exp. 05038-01
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 13 de Noviembre de 2013, Exp. 23829.

DOCTRINA:

- JORGE PEYRANO, “Carga de la Prueba. Conceptos clásicos y actuales”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 13. Santa Fe, Rubinzal, 1997
- ENRIQUE SAYAGUÉS LASO. *Tratado de Derecho Administrativo*, v. II, 7 ed., Montevideo, Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2005, pp. 102 y 103.
- JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Tesis Doctoral “*El Contrato de Concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*”, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, pp. 58-60.
- FRANÇOIS BLANCHARD, *Lire le Droit: langue, texte et cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 227
- FRANCO MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padua, Cedam, 1998, p. 63.

TRANSCRIPCIÓN DEL LAUDO

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE GAM CONSTRUCCIONES S.A.S CON DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS

LAUDO ARBITRAL

Cartagena, D. T. y C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, y en lo pertinente, las consagradas en el Código General del Proceso, para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha y hora señalada para llevar a cabo la audiencia de laudo en la que se da lectura a la parte resolutive de este, los Señores Árbitros profieren en derecho el Laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.**, y el **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS** con ocasión del Contrato de Concesión VAL 001-05 de 2 de septiembre de 2005, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1. CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES

1.1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO.

El 3 de agosto de 2017, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, a través de apoderada, solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral¹⁵⁷.

1.2. EL PACTO ARBITRAL.

El pacto arbitral del presente trámite se encuentra en la cláusula trigésima quinta del contrato VAL 001-05 de 2 de septiembre de 2005, del que actualmente son parte el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias y GAM Construcciones S.A.S., en los siguientes términos:

“Agotados los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, sin llegarse a acuerdos, las partes podrán someter las diferencias existentes en relación con el presente contrato por razones de su celebración, interpretación, ejecución, terminación o liquidación, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento prevista (sic) en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo previsto en el Código de Comercio, y su sede será la ciudad de Cartagena. El Tribunal de Arbitramento estará conformado por tres (3) árbitros, abogados titulados designados de común acuerdo entre las partes, y en su defecto por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena, a petición de la cualquiera de las partes”.

1.3. TRÁMITE INICIAL.

Luego de la presentación de la demanda arbitral por parte de la apoderada de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., se surtió el trámite ordenado en la ley de la siguiente forma:

1.3.1. Nombramiento del Tribunal.

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena mediante comunicación de 4 de agosto de 2017, procedió a citar a las partes, al Ministerio Público, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Revisor Fiscal de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias, a audiencia de designación de árbitros iniciada el día 10 de agosto de 2017, suspendida y reanudada el día 27 de enero de 2017, en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula compromisoria transcrita¹⁵⁸. Dicha audiencia fue aplazada a solicitud de la parte convocante para el día 22 de agosto de 2017, lo cual se informó a todos los destinatarios mediante correo electrónico de 15 de agosto de 2017¹⁵⁹.

El día 22 de agosto de 2017, se dio inicio a la audiencia de designación de árbitros, siendo suspendida la misma a solicitud del representante del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS (en adelante El

¹⁵⁷ Folios 1 a 35, Cuaderno Principal.

¹⁵⁸ Folios 36 a 77, Cuaderno Principal.

¹⁵⁹ Folios 77 a 105, Cuaderno Principal.

Distrito), para ser reanudada el día 23 de agosto de 2017, en la cual las partes de común acuerdo designaron a los doctores WILSON TONCEL GAVIRIA, MARÍA PATRICIA PORRAS y NICOLÁS PAREA BERMÚDEZ, designación que fue notificada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena mediante comunicaciones remitidas el 23 de agosto de 2017¹⁶⁰.

Mediante comunicación de 25 de agosto de 2017, el doctor WILSON TONCEL GAVIRIA aceptó la designación como árbitro para la presente controversia¹⁶¹.

Mediante comunicación de 29 de agosto de 2017, el doctor NICOLÁS PAREJA BERMÚDEZ aceptó la designación como árbitro para la presente controversia¹⁶².

Mediante comunicación de 29 de agosto de 2017, la doctora MARÍA PATRICIA PORRAS MENDOZA aceptó la designación como árbitro para la presente controversia¹⁶³.

El 1 de septiembre 2017, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena remitió a las partes y al Ministerio Público las comunicaciones de aceptación y el diligenciamiento de los deberes de información de los árbitros, sin recibirse pronunciamiento al respecto¹⁶⁴.

1.3.2. Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda.

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, mediante comunicaciones remitidas el 15 de septiembre de 2017, citó a las partes, al Ministerio Público, a los Árbitros y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a audiencia de Instalación del Tribunal, la cual se llevó a cabo el día 17 de octubre de 2017, previo aplazamiento decretado a solicitud de la parte Convocante¹⁶⁵.

En dicha audiencia, mediante Auto N° 01, se resolvió declarar legalmente instalado el tribunal, nombrar al doctor WILSON TONCEL GAVIRIA como presidente del Tribunal de Arbitramento y como secretaria a la doctora ERICA LUCÍA MARTÍNEZ NÁJERA, fijar el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias D. T. y C como sede del Tribunal, y reconocer personería al apoderado de la parte convocada.

¹⁶⁰ Folios 108 a 127, Cuaderno Principal.

¹⁶¹ Folios 128 a 131, Cuaderno Principal.

¹⁶² Folios 132 a 138, Cuaderno Principal.

¹⁶³ Folios 139 a 141, Cuaderno Principal

¹⁶⁴ Folios 142 a 144, Cuaderno Principal

¹⁶⁵ Folios 145 a 188, Cuaderno Principal.

Igualmente, mediante Auto N° 02 proferido en igual fecha, se procedió a inadmitir la demanda por ausencia de presentación personal en el poder otorgado a la apoderada de la parte Convocante, confiriendo el término legal de cinco días para la correspondiente subsanación¹⁶⁶.

Mediante escrito de 20 de octubre de 2017, la parte Convocante presentó subsanación de la demanda¹⁶⁷.

El día 24 de octubre de 2017, dentro del término legal para el efecto, la doctora ÉRICA LUCÍA MARTÍNEZ NÁJERA aceptó la designación efectuada como Secretaria del Tribunal que le fuera informada mediante correo electrónico de 17 de octubre de 2017 por el Centro de Arbitraje y Conciliación, tomando posesión del cargo ante el Presidente del Tribunal el día 7 de noviembre de 2017¹⁶⁸.

Mediante Auto N° 03 de 8 de noviembre de 2017 se admitió la demanda¹⁶⁹, corriéndose traslado de la misma a la parte convocada el 14 de noviembre de 2017¹⁷⁰.

Entre los días 15 de noviembre y 20 de diciembre de 2017, ambas fechas inclusive, se suspendieron los términos en aplicación del artículo 612 del Código General del Proceso.

El término de traslado de la demanda arbitral corrió desde el 21 de diciembre de 2017 al 22 de enero de 2018, ambas fechas inclusive.

1.3.3. Contestación de la demanda, excepciones y traslado de las mismas.

El 22 de enero de 2018, dentro del término legal para el efecto, el apoderado del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS presentó escrito de contestación de la demanda y excepciones de mérito¹⁷¹, del cual se corrió traslado a la parte convocante el 24 de enero de 2018¹⁷².

El 30 de enero de 2018, dentro del término legal, la apoderada de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. presentó pronunciamiento sobre las excepciones presentadas con la contestación de la demanda¹⁷³.

¹⁶⁶ Folios 189 a 194, Cuaderno Principal.

¹⁶⁷ Folios 195 a 197, Cuaderno Principal.

¹⁶⁸ Folios 198 a 213, Cuaderno Principal.

¹⁶⁹ Folios 214 a 221, Cuaderno Principal.

¹⁷⁰ Folios 228 y 229, Cuaderno Principal.

¹⁷¹ Folios 230 a 262, Cuaderno Principal.

¹⁷² Folios 263 a 269, Cuaderno Principal.

¹⁷³ Folios 270 a 276, Cuaderno Principal

El día 1 de febrero de 2018, la doctora ÉRICA LUCÍA MARTÍNEZ NÁJERA presentó al Tribunal de Arbitramento renuncia a su cargo de Secretaria, por motivos estrictamente personales que le impedían continuar con la gestión encomendada¹⁷⁴. Renuncia aceptada por el Tribunal de Arbitramento el día 19 de febrero de 2018, procediendo a designar como secretaria a la doctora MÓNICA SOFÍA SAFAR DÍAZ¹⁷⁵, quien, a su vez, aceptó la designación el día 27 de febrero de 2017¹⁷⁶.

Surtido el trámite relativo al deber de información consagrado en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, no se presentaron observaciones sobre el nombramiento y aceptación de la secretaria¹⁷⁷, motivo por el cual el 12 de marzo de 2018 la doctora MÓNICA SOFÍA SAFAR DÍAZ tomó posesión del cargo de secretaria ante el Presidente del Tribunal¹⁷⁸.

1.3.4. Audiencia de Conciliación.

Mediante notificación por estado remitida a las partes y al Ministerio Público, el 15 de marzo de 2018, se informó del contenido del Auto N° 04 de 13 de marzo de 2018, por medio del cual se reconoció personería jurídica al apoderado de la parte Convocada y se citó a las partes a audiencia de conciliación, y en caso de que ésta fracasara, fijación de gastos y honorarios del Tribunal de Arbitramento, el día 23 de marzo de 2018¹⁷⁹.

Mediante escrito radicado el 21 de marzo de 2018, el apoderado del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, solicitó al Tribunal aplazamiento de la audiencia de conciliación, en atención a que el caso no alcanzó a programarse para estudio por parte del Comité de Conciliación de la entidad¹⁸⁰.

Mediante oficios 001¹⁸¹ y 002¹⁸² de 22 de marzo de 2018, la Secretaria del Tribunal citó a los representantes legales de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, respectivamente, a la audiencia de conciliación calendada mediante Auto No. 04.

Mediante Auto N° 05 de 23 de marzo de 2018 notificado en estrados, el Tribunal aceptó la solicitud formulada por el Distrito y citó a los representantes legales de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y del DISTRITO TURÍSTICO Y

¹⁷⁴ Folio 277, Cuaderno Principal.

¹⁷⁵ Folios 279 y 280, Cuaderno Principal.

¹⁷⁶ Folios 281 a 284, Cuaderno Principal.

¹⁷⁷ Folios 285 a 291, Cuaderno Principal.

¹⁷⁸ Folio 292, Cuaderno Principal.

¹⁷⁹ Folios 293 a 298, Cuaderno Principal.

¹⁸⁰ Folios 303 a 305, Cuaderno Principal.

¹⁸¹ Folios 299 y 300, Cuaderno Principal.

¹⁸² Folios 301 y 302, Cuaderno Principal.

CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y a sus apoderados, así como al Ministerio Público, a audiencia de conciliación el 16 de abril de 2018¹⁸³, por lo que se citó a las partes mediante oficios 003¹⁸⁴ y 004¹⁸⁵ de abril 11 de 2018, y al Procurador Judicial II Administrativo 21 mediante correo electrónico de fecha 13 de abril de 2018¹⁸⁶.

Mediante Auto N° 06 de 16 de abril de 2018, se declaró agotada y fracasada la audiencia de conciliación y con ello agotado el trámite inicial en este proceso, y se ordenó continuar con el trámite legal¹⁸⁷.

1.3.5. Honorarios y gastos del Tribunal.

Una vez agotado el trámite de la demanda arbitral y su contestación, mediante Auto N° 07 de 16 de abril de 2018 se procedió a fijar gastos y honorarios de conformidad con las tarifas establecidas por el Decreto 1069 de 2015, por tratarse de un arbitraje de carácter legal en los términos de numeral 3° del artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, frente a lo cual las partes manifestaron su conformidad¹⁸⁸.

1.4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.

Fracasada la audiencia de conciliación y pagados los honorarios y gastos decretados, mediante Auto N° 08 de 3 de mayo de 2018 notificado por estado de 4 de mayo de 2018, se citó a las partes y al Ministerio Público a audiencia primera de trámite, la cual se llevó a cabo el 10 de mayo de 2018¹⁸⁹.

El Tribunal se pronunció sobre su competencia, teniendo en cuenta para el efecto el contenido de la cláusula compromisoria suscrita por las partes, y además realizó el análisis de los siguientes aspectos, entre otros:

1.4.1. Las partes y su representación.

Las partes son personas jurídicas plenamente capaces, regularmente constituidas y han acreditado en legal forma su existencia y representación.

Parte Convocante:

La parte Convocante en este proceso arbitral es GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., sociedad legalmente constituida con NIT 900.665.878-8, domiciliada en la ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C., representada legalmente por el señor GILBERTO ÁLVAREZ MULFORD, persona mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No

¹⁸³ Folios 307 y 308, Cuaderno Principal.

¹⁸⁴ Folios 311 a 314, Cuaderno Principal.

¹⁸⁵ Folios 315 a 317, Cuaderno Principal.

¹⁸⁶ Folio 318, Cuaderno Principal.

¹⁸⁷ Folios 319 a 324, Cuaderno Principal.

¹⁸⁸ Folios 319 a 324, Cuaderno Principal.

¹⁸⁹ Folios 329 a 331, Cuaderno Principal.

990.350, según consta en el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente, y actúa como parte convocante en este proceso arbitral al haber absorbido mediante acto de fusión a PROMOTORA CONSTRUCTORA MONTECARLO VÍAS S.A.S., parte contratista del contrato VAL 001-05.

GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. viene representada en el proceso por la doctora ÁNGELA MARÍA PINEDO GARCÍA, como consta en el expediente¹⁹⁰.

Parte Convocada:

Lo es el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, entidad del orden distrital representada por el Alcalde Mayor, quien delegó la función de otorgar poderes en nombre y representación del Distrito para comparecer en procesos judiciales, tribunales de arbitramento y en actuaciones extrajudiciales o administrativas ante entidades de cualquier orden, relacionadas con asuntos en los cuales tenga interés o se encuentre vinculado, en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, quien en tal momento era el doctor MILTON JOSÉ PEREIRA BLANCO, según consta en el artículo 17.1 del Decreto 0228 de 26 de febrero de 2009 y el Decreto 1054 de 10 de agosto de 2017, con acta de posesión N° 812 de 9 de agosto de 2017, obrantes en el expediente¹⁹¹.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica otorgó poder al doctor LEONARDO MENDOZA COHEN, como consta en el expediente¹⁹².

1.4.2. La demanda.

La demanda arbitral presentada contiene pretensiones declarativas y de condena, fundamentos de hecho y de derecho, solicitud de algunas pruebas y aporte de otras.

A continuación, se transcriben las pretensiones formuladas en el escrito de demanda:

“3.1. PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA: Que se declare la liquidación del Contrato de Concesión VAL 01-05 celebrado el 02 de septiembre de 2005 entre el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y el CONSORCIO VIAL CARTAGENA, por no haberse logrado liquidación de mutuo acuerdo, ni liquidación unilateral por parte de la administración, vencido el plazo legal convenido.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se declare como acreencia o saldo a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL

¹⁹⁰ Folios 196 y 197, Cuaderno Principal.

¹⁹¹ Folios 242 a 262, Cuaderno Principal.

¹⁹² Folio 241, Cuaderno Principal.

DE CARTAGENA DE INDIAS, el valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada (cartera insoluta), según lo establecido en el literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 01-05.

TERCERA: Que como consecuencia de la pretensión PRIMERA declarativa, se declare como acreencia o saldo a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el valor equivalente a los errores de EL CONCEDENTE que implicaron disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, según lo establecido en la Cláusula Vigésima del Contrato VAL 01-05, referente a la “Garantía de ingreso por valorización”.

CUARTA: Que como consecuencia de la pretensión PRIMERA declarativa, se declare como acreencia o saldo a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, la suma equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, como obra adicional ejecutada por EL CONCESIONARIO para garantizar la calidad y estabilidad del proyecto.

QUINTA: Que como consecuencia de la pretensión PRIMERA declarativa, se declare como acreencia o saldo a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, la suma equivalente a los gastos no presupuestados y autorizados por el DISTRITO para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia.”.

3.2. PRETENSIONES DE CONDENA:

PRIMERA: Que como consecuencia de las pretensiones PRIMERA y SEGUNDA declarativas, se condene al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. la totalidad del saldo pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada, más los intereses de financiación y moratorios causados desde la finalización de la Etapa de Recaudo, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%), y una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera, o los comerciales.

SEGUNDA: Que como consecuencia de las pretensiones PRIMERA y TERCERA declarativas, se condene al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la

sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., el valor que se llegue a probar, resultante de las disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, más los intereses de financiación y moratorios causados desde la expedición de los actos administrativos que declaran los errores de riego o fecha de la sentencia judicial que declaró el error, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%), y una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera, o los comerciales.

TERCERA: Que como consecuencia de las pretensiones PRIMERA y CUARTA declarativas se condene al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., la suma que se llegue a probar, equivalente al costo total del ítem del material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, más los intereses moratorios causados desde el recibo de las obras, a una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera, o los comerciales.

CUARTA: Que como consecuencia de las pretensiones PRIMERA y QUINTA declarativas se condene al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., la suma que se llegue a probar, equivalente a los gastos no presupuestados y autorizados por el DISTRITO para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia, más los intereses moratorios causados desde la causación del respectivo gasto, a una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera, o los comerciales.

QUINTA: Condenar en costas y agencias en derecho al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de dictar el Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SEXTA: Condenar a que el pago de las sumas que se lleguen a reconocer en el Laudo Arbitral, se cancelen conforme a lo establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

1.4.3. LAS EXCEPCIONES.

En la contestación de la demanda el DISTRITO presenta tres (3) excepciones que denominó así:

“Incumplimiento del contrato en cuanto al agotamiento de mecanismos en forma ágil, rápida, y directa de sus diferencias relativos a la conciliación, a la amigable composición y a la transacción”.

“Falta de pruebas de los sobrecostos y perjuicios ocasionados durante la ejecución del contrato de concesión (sic) val 01-05 imputables al Distrito de Cartagena de Indias.”.

“Imposibilidad de Reclamar Incumplimientos en Aspectos no Consignados Expresamente en el acta de terminación”.

1.4.4. Pronunciamiento sobre la competencia del tribunal.

Al decidir sobre su competencia, el Tribunal manifestó que encontró acreditado los presupuestos procesales, tales como la existencia del pacto arbitral, las controversias planteadas son susceptibles de disposición y transacción, la demanda se presentó en tiempo, o sea, concurren los requisitos formales necesarios para constituir válidamente este proceso arbitral, con lo que se ha cumplido cabalmente el trámite inicial previsto en la Ley 1563 de 2012, el cual se encuentra agotado en debida forma, de modo que se reunieron los presupuestos necesarios para que el Tribunal asumiera competencia.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal resolvió declararse competente para decidir en derecho las diferencias sometidas a su consideración tanto en la demanda como en la contestación a la misma mediante Auto No. 09 de 10 de mayo de 2018, notificado en estrados¹⁹³.

1.5. PRUEBAS DEL PROCESO.

En la primera audiencia de trámite, mediante Auto No. 10 de 10 de mayo de 2018 se decretaron las pruebas del proceso¹⁹⁴, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

1.5.1. Documentales:

En el expediente obran las pruebas documentales aportadas por la parte Convocante junto con la demanda arbitral, enunciados y numerados en el acápite “IX RELACIÓN PROBATORIA - 9.1. DOCUMENTALES APORTADAS POR LA PARTE CONVOCANTE”¹⁹⁵.

Adicionalmente, al expediente se incorporaron los documentos que fueron allegados como prueba de oficio decretada por el Tribunal sobre la totalidad de documentos que tuviera en su poder el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS relacionados con la controversia objeto del presente trámite¹⁹⁶.

¹⁹³ Folios 332 a 339, Cuaderno Principal.

¹⁹⁴ Folios 339 a 341, Cuaderno Principal

¹⁹⁵ Folios 1 a 590, Cuaderno de Pruebas 1.

¹⁹⁶ Folios 380 y 381, Cuaderno Principal, y Folios 1 a 467, Cuaderno de Pruebas 2.

1.5.2. Declaración de representante de persona jurídica de derecho público:

Se encuentra dentro del acervo probatorio el informe rendido por la Alcaldesa encargada del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS en el acápite “IX RELACIÓN PROBATORIA” de la demanda¹⁹⁷.

1.5.3. Dictamen pericial aportado de parte:

Se decretó como prueba el dictamen pericial aportado por la parte Convocante en los términos del artículo 227 del Código General del Proceso, respecto del cual la parte Convocada no hizo pronunciamiento alguno¹⁹⁸.

1.5.4. Dictamen pericial:

Se decretaron los dictámenes periciales técnico y financiero y contable solicitados por la parte Convocada, efectuándose la designación de los respectivos peritos para el efecto y su posesión en diligencia realizada el día 25 de junio de 2018¹⁹⁹.

No obstante, como la parte no procedió a consignar los honorarios fijados por el Tribunal dentro del plazo conferido para el efecto, mediante Auto No. 12 de 17 de julio de 2018 se tuvo por desistida la prueba pericial, en los términos del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012²⁰⁰.

1.5.5. Reconocimiento de documento

Se encuentra en el acervo probatorio el reconocimiento de los documentos denominados “*Dictamen pericial técnico de fecha 26 de diciembre de 2013*”²⁰¹ y “*Complementación y aclaración de fecha 11 de abril de 2014*”²⁰² efectuado por el señor Ernesto Rafael Merlano en diligencia realizada el día 24 de agosto de 2018²⁰³.

1.6. ALEGACIONES DE LAS PARTES.

En audiencia que tuvo lugar el día 2 de octubre de 2018, los apoderados de las partes y el Ministerio Público presentaron verbalmente sus alegatos de conclusión, de los cuales entregó resumen escrito la apoderada de la Convocante, que fue incorporado al expediente²⁰⁴.

¹⁹⁷ Folios 468 a 470, Cuaderno de Pruebas 2.

¹⁹⁸ Folios 579 a 590, Cuaderno de Pruebas 2

¹⁹⁹ Folios 362 a 368, Cuaderno Principal.

²⁰⁰ Folios 369 y 370, Cuaderno Principal.

²⁰¹ Folios 480 a 504, Cuaderno de Pruebas 1

²⁰² Folios 72 a 116, Cuaderno de Pruebas 2.

²⁰³ Folio 471, Cuaderno de Pruebas 2.

²⁰⁴ Folios 396 a 406, Cuaderno Principal.

1.7. TÉRMINO DEL PROCESO.

Analizada la cláusula compromisoria y su modificación, no se encuentra en ella previsión sobre la duración del proceso, por lo cual, tratándose de un Tribunal de carácter legal, tienen aplicación los artículos 10 y 30 de la Ley 1563 de 2012.

La primera audiencia de trámite fue realizada el día 10 de mayo de 2018, con lo cual el término para proferir el correspondiente laudo fenecería el 10 de noviembre de 2018; no obstante, las partes de común acuerdo solicitaron al Tribunal la suspensión de los términos del proceso entre el 27 de agosto y el 1 de octubre de 2018, ambas fechas inclusive, la cual fue decretada por el Tribunal mediante Auto No. 16 de 24 de agosto de 2018.

En atención a lo anterior, habida cuenta de la suspensión decretada por el Tribunal, que arroja un total de treinta y seis (36) días, el término procesal para proferir el laudo arbitral vence el día 16 de diciembre de 2018.

De acuerdo con lo anterior, el presente laudo es proferido dentro del término legal.

CAPÍTULO SEGUNDO:

2. CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL

2.1. ESTUDIOS RELEVANTES APLICABLES AL CASO CONCRETO.

2.1.1. LA CADUCIDAD EN CONTROVERSIA CONTRACTUALES.

Por Auto N° 09 de 10 de mayo de 2018, el Tribunal resolvió declarar su propia competencia para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y, de manera previa, por Auto N° 06 de 16 de abril de 2018 había declarado agotada y fracasada la audiencia de conciliación y, con ello, agotado el trámite inicial en este proceso, por lo que al analizar los presupuestos procesales los encontró acreditados, e implícitamente, que el medio de control de controversias contractuales no había caducado y por ello resultaba procedente el estudio de fondo de la controversia sometida a su decisión, como a bien tuvo declararlo.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, debe aclararse que en la demanda no se hace referencia a ello como tampoco en el escrito de contestación a la misma, por lo cual se hará una breve referencia a la caducidad en el presente laudo.

El artículo 164 numeral 2 literal J) numeral v) de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece:

“La demanda deberá ser presentada:

“(…)2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(…) En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga.”.

En concordancia con el dispositivo normativo parcialmente transcrito y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, tenemos en lo hasta ahora visto:

“Del plazo para la liquidación de los contratos. La Liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de Liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.”.

De las normas transcritas en lo pertinente, apreciamos que el término para contar la caducidad en aquellos contratos en los que la liquidación resulte obligatoria, como en el caso de los contratos de tracto sucesivo donde no medie

estipulación contractual que la regule, el término parte de los cuatro (4) meses para realizar la liquidación de mutuo acuerdo (bilateral) previsto en el primer inciso del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, a los que hay que adicionar los dos (2) meses previstos en el inciso segundo del mismo artículo para llevar a cabo la liquidación unilateral, llegándose a un término para la liquidación de ese tipo de contratos de dos (2) años y seis (6) meses.

En el caso que ocupa al Tribunal, se tiene que, al presentarse la demanda y solicitud de convocatoria ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena a través de apoderada el día 3 de agosto de 2017²⁰⁵, se encontraba en tiempo.

En efecto, el contrato tuvo tres etapas, de conformidad con lo establecido en la cláusula segunda del mismo, esto es: de Programación, de Construcción y de Recaudo, transcurriendo en forma simultánea las dos últimas. Establece la enunciada cláusula:

“e) PARA LA ETAPA DE RECAUDO. El plazo para la facturación y recaudo por valorización cedida EL CONCESIONARIO para la recuperación de la inversión y utilidades, es de sesenta (60) meses, contados a partir de la ejecutoría de la resolución de distribución de la contribución por valorización generada por la obra del proyecto objeto del contrato. Esta etapa podrá iniciarse cinco (5) meses después de iniciada la etapa de Diseño y programación. PARAGRAFO; Una vez terminada la etapa de construcción EL CONCESIONARIO en cualquier tiempo podrá devolver la cartera a EL CONCEDENTE. Desde este momento, los pagos que el Distrito deba efectuar a EL CONCESIONARIO se realizarán en los montos programados y a medida en que se vaya produciendo el recaudo, por trimestre vencido. Transcurridos seis (6) meses posteriores al vencimiento a la etapa de recaudo, el Distrito cancelará a EL CONCESIONARIO la totalidad del saldo pendiente. A partir de este término, se causarán intereses a la tasa del DTF más seis por ciento (6%).”.

Ahora bien, obra en el expediente la Resolución N° 064 de 27 de junio de 2008 *“por medio de la cual revoca la resolución 196 del 28 de diciembre de 2007, y a su vez se expide una nueva por medio de la cual se distribuye y asigna la contribución de valorización correspondiente a los inmuebles ubicados dentro de la zona de influencia dl proyecto de la vía transversal que une el anillo vial o ruta 90 con la 90ª, partiendo de la intersección con la vía manzanillo al mar hasta la cordialidad, y la vía de penetración del anillo vial a tierra baja hasta el punto de intersección con la calle de acceso al pueblo”²⁰⁶*, la cual entró en ejecutoría a partir del 13 de julio de 2008, notificada al contratista el 13 de julio de 2010, con lo cual se tiene que los 60 meses para la etapa de recaudo transcurrieron

²⁰⁵ Folios 1 a 35, Cuaderno Principal.

²⁰⁶ Folio 200, Cuaderno de Pruebas 1.

del 13 de julio de 2010 al 13 de julio de 2015.

Igualmente, obra en el expediente "*Acta de entrega y recibo definitivo de obra*"²⁰⁷, suscrita el 30 de octubre de 2015 por Myriam Álvarez Torres – representante legal de la Constructora Montecarlo Vías S.A.S, Diego Álvarez Hernández – Gerente Técnico de la Constructora Montecarlo Vías S.A.S., Mayron Vergel A. – Interventor, y Ramón León, director del D.A.V.D.

Así las cosas, los dos años y seis meses de la caducidad contados desde la finalización de la etapa de recaudo, esto es, 13 de julio de 2015, vencerían el 14 de enero de 2018; y si se cuentan desde la finalización de la etapa de construcción, vencerían el 30 de abril de 2018.

Así, teniendo en cuenta los dos momentos antes referidos y habiéndose presentado la demanda el 3 de agosto de 2017, sin duda alguna ésta fue temporaria.

2.1.2. MEDIDAS DE SANEAMIENTO.

Antes de estudiar de fondo los problemas planteados, las excepciones presentadas y pretensiones de la demanda, el Tribunal debe ocuparse de establecer medidas de saneamientos de conformidad con lo establecido por el artículo 132 del CGP: "*Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación*".

Hecha la revisión correspondiente, no encuentra el Tribunal que haya vicios que impidan proferir el laudo arbitral.

2.1.3. REGLAS SOBRE LAS CARGAS PROBATORIAS Y SU VALORACIÓN.

Conforme al artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal tendrá, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos hoy en el Código General del Proceso y las normas que lo modifiquen o complementen, valoración del acervo probatorio oportunamente recaudado que se circunscribirá a lo establecido en el mencionado estatuto de procedimiento ya que así lo ordena el artículo 176 *ejusdem*, el cual dispone que "*las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos*" y que "*El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba*".

²⁰⁷ Folios 188 a 190, Cuaderno de Pruebas 1.

Como quiera que la convocada estima que la convocante debía probar todos los aspectos de la demanda, debemos afirmar que no es novedoso admitir que la carga de la prueba es una institución del derecho probatorio que le establece a las partes procesales su deber para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados en el proceso, lo que de contrapelo le indica al operador judicial cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos, o sea, la aludida carga, en quien recae y la cumple le permite obtener un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

La noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, o también, teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba –vr. gr.- por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una afirmación positiva o negativa indefinida.

Respecto a la carga de la prueba, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 25 de mayo de 2010, se pronunció de la siguiente manera:

“Al Juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”.

2.1.4. CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA.

Para hablar de la carga dinámica de la prueba es suficiente apoyarse en el estudio de la Corte Constitucional contenido en Sentencia C-086/16 donde se determinó la constitucionalidad del artículo 167 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 en lo concerniente al establecimiento de la carga de la prueba:

“Una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, en general, y a la jurisdicción civil, en particular, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan. La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva. Se conoce como principio “onus probando”, el cual indica que por regla general

corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo.²⁰⁸

De acuerdo con la doctrina, esta carga procesal se refiere a “la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha explicado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:

“En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio.

De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones.

Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos

²⁰⁸ “Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: ‘onus probandi incumbit actori’, al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; ‘reus, in excipiendo, fit actor’, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, ‘actore non probante, reus absolvitur’, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción”. Corte Constitucional, sentencia C-070 de 1993.

alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”.

Esta institución pretende que quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte. En otras palabras, “las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes”.

Sin embargo, el principio de la carga de la prueba (onus probando) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos hechos. Algunas excepciones son derivadas del reconocimiento directo de un acontecimiento por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo debido a su amplia difusión (hechos notorios). Otras se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas). Y otras son consecuencia de la existencia de presunciones legales o de derecho, donde “a la persona el sujeto procesal favorecido con la presunción solo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento”.

Todas ellas responden por lo general a “circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos”, donde el traslado de las cargas probatorias “obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona”.

(...) La teoría de la carga dinámica de la prueba halla su origen directo en la asimetría entre las partes y la necesidad de la intervención judicial para restablecer la igualdad en el proceso judicial. Quizá el caso más representativo –no el único-, que en buena medida dio origen a su desarrollo dogmático, jurisprudencial y legal, es el concerniente a la prueba de las malas prácticas médicas: “Cierto es que la susodicha [doctrina de las cargas probatorias dinámicas] nació como un paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían caer sin miramientos, sobre las espaldas de algunas de las partes (actor o demandado) por mal entender las tradicionales y sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba (...). Sin embargo, la fuerza de las cosas demostró, verbigracia, que imponerle al actor víctima de

*una lesión quirúrgica en el interior del quirófano, la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido, resultaba equivalente a negarle toda chance de éxito*²⁰⁹.

De esta manera, la noción de carga dinámica de la prueba, “que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla”²¹⁰, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo.

Como quiera la legislación procesal colombiana no hizo referencia a la noción de carga dinámica de la prueba, al menos de manera directa (hasta la aprobación de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso), su reconocimiento vino de la mano de la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado en asuntos de responsabilidad por falla presunta en el servicio médico, como de la Corte Suprema de Justicia en el ámbito de la responsabilidad civil. Esta última, por ejemplo, hizo referencia expresa a criterios de lealtad procesal, colaboración, justicia y equidad.

Es importante poner de presente que estas posturas jurisprudenciales encontraron abono fértil con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. En efecto, la teoría de la carga dinámica de la prueba tiene amplio sustento constitucional, especialmente en los postulados característicos del rol del juez en un Estado Social de Derecho, que según fue explicado anteriormente propugna por un papel activo –pero también limitado- en la realización del derecho a la tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial y de la consecución de un orden justo.

En efecto, en varias oportunidades la Corte Constitucional ha destacado la necesidad de activar la función directiva del juez no solo para decretar pruebas en forma oficiosa sino para redistribuir las cargas probatorias entre los sujetos procesales.

²⁰⁹ JORGE PEYRANO, “Carga de la Prueba. Conceptos clásicos y actuales”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm.13. Santa Fe, Rubinzal, 1997. Siguiendo a este autor, MARÍA BELÉN TEPSICH añade: “El mayor disipador de esta floreciente doctrina fue la injusticia que en el ámbito de la mala praxis médica se producía al quedar en cabeza del paciente-víctima o sus derechohabientes la carga de la prueba de un hecho ocurrido –por ejemplo- en la soledad del quirófano”. “Cargas probatorias dinámicas”, en: *Cargas probatorias dinámicas*, (AAVV). Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2004, p.154.

²¹⁰ INÉS LÉPORI WHITE, “Cargas probatorias dinámicas”, *Cargas probatorias dinámicas* (AAVV). Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2004, p.60.

Por ejemplo, esta corporación ha señalado que una vez probada la existencia de un trato desigual para iguales o un trato igual para desiguales, “la carga probatoria se invierte, pues ahora corresponde probar la razonabilidad y proporcionalidad del trato a quien lo otorga”²¹¹.

También ha sostenido que en los casos en los cuales una persona se encuentra en posición de debilidad o de subordinación frente a otra persona o autoridad, de quien se cuestiona la vulneración de un derecho, es preciso distribuir la carga de la prueba a favor de la parte menos fuerte de la relación, como por ejemplo en el ámbito laboral.

Lo propio ha señalado la Corte en casos en los que alega la existencia de tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de superiores jerárquicos en el ámbito castrense. En palabras de la Corte:

“La regla general en materia de pruebas en los procesos de tutela consiste en que quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental debe probar los hechos que sustentan su acusación en la medida en que ello le sea posible; Por tal razón, en cierto tipo de casos, en los cuales quien alega la violación de su derecho se encuentra en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, se ha dado un alcance distinto a dicho deber probatorio, distribuyendo la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada a demostrar –con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe- aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para

²¹¹ “En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus 257robando (sic) permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix)”. (Resaltado fuera de texto). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de enero de 2001, Exp. 5507.

desvirtuar lo alegado en su contra. Así ha sucedido, por ejemplo, en múltiples casos relacionados con discriminación en el ámbito laboral.

La justificación de esta distribución de la carga de la prueba radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos; es de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal. Por eso, en materia de tutela, la regla no es “el que alega prueba”, sino “el que puede probar debe probar”, lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos.

Para la Sala, esta misma regla probatoria debe ser aplicada en los casos de las personas que prestan servicio militar y que alegan la existencia de una determinada vulneración de sus derechos fundamentales por parte de sus superiores, en particular cuando se trata de afirmaciones relativas a tratos crueles, inhumanos o degradantes. La situación de subordinación de estos individuos frente a un aparato militar estructurado en forma jerárquica, hace virtualmente imposible para la persona que presta servicio militar obligatorio acceder a los materiales probatorios pertinentes”.

Según la norma, aunque por regla general la carga corresponde al demandante, “si por razones de orden económico o técnico dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella”.

De igual forma, ha aceptado que en el ejercicio de la acción de extinción de dominio tenga aplicación la teoría de la carga dinámica de la prueba. Al respecto, en la Sentencia C-740 de 2003 sostuvo: “De allí que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso. Así, en el caso de la acción de extinción de dominio, ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes.”

Como corolario de lo expuesto puede afirmarse que, en términos abstractos, la teoría de la carga dinámica de la prueba no solo es plenamente compatible con la base axiológica de la Carta Política de 1991 y la función constitucional atribuida a los jueces como garantes de la tutela judicial efectiva,

de la prevalencia del derecho sustancial y de su misión activa en la búsqueda y realización de un orden justo. Es también compatible con los principios de equidad, solidaridad y buena fe procesal, así como con los deberes de las partes de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia. Lo que resta por examinar es entonces si, en el ámbito específico del Código General del Proceso, la consagración de la carga dinámica de la prueba como una potestad del juez y no como un imperativo universal vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, o si por el contrario es expresión constitucionalmente válida de la potestad de configuración del Legislador. En definitiva, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2001) introdujo en el ámbito legal la institución de la carga dinámica de la prueba, que no estuvo presente en el anterior Código de Procedimiento Civil[111]. Es en este escenario en el cual se enmarca la norma parcialmente acusada y que ahora es objeto de examen:

“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”. (Se resalta la expresión demandada)

Fue decisión consciente y deliberada del Legislador mantener como principio general de la carga de la prueba el onus robando (sic), según el cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. En breves líneas, su alcance ha sido explicado por la jurisprudencia en los siguientes términos:

“Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: ‘onus robando incumbit actori’ (sic), al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; ‘reus, in excipiendo, fit actor’, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, ‘actore non probante, reus absolvitur’, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción”

Sin embargo, este postulado no es absoluto por cuanto admite al menos dos excepciones que la misma ley contempla, a saber: (i) la carga dinámica de la prueba y (ii) los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas.

La acreditación de los hechos (de acción o de excepción) es una carga procesal que bien puede ser asignada a las partes que los invocan. En efecto, sobre la base de que el ejercicio de cualquier derecho implica responsabilidades –el acceso a la administración de justicia es uno de ellos-, esta exigencia no es sino una manifestación concreta del deber general previsto en el artículo 95-7 de la Carta Política, de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”.

A juicio de la Corte el principio del onus robando (sic) como exigencia general de conducta prevista por el Legislador en el Código General del Proceso no se refleja como irrazonable ni desproporcionada. En efecto, responde a fines constitucionalmente legítimos: ejercer los derechos con responsabilidad y colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, contribuir al esclarecimiento de la verdad en el marco de un proceso judicial, asegurar la prevalencia del derecho sustancial y velar por la vigencia de un orden justo.

Es también una carga adecuada para lograr esos mismos cometidos, si se tiene en cuenta que quien invoca un hecho lo hace –lo debe hacer- sobre la base de un conocimiento previo del mismo y por lo general dispone de algunos elementos mínimos para dar crédito a sus afirmaciones, en especial cuando pretende obtener algún beneficio de ellos; igualmente, contribuye eficazmente con el juez en su tarea de dilucidar la verdad, garantizar la primacía del derecho sustancial y resolver los litigios dentro de un término razonable (celeridad).

Además, tal exigencia no resulta desproporcionada precisamente porque el propio ordenamiento ha previsto algunas excepciones para aquellos eventos en los cuales la prueba es superflua (hechos notorios), o cuando una persona enfrenta serias dificultades para demostrar un hecho, por ejemplo por razones lógicas (afirmaciones y negaciones indefinidas), técnicas (cuando se requiere

conocimientos especializados), económicas (costo significativo) o incluso jurídicas (acceso restringido a la información), entre otras.

En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.

En la regulación aprobada por el Legislador este decidió –también de manera deliberada y consciente- no fijar un catálogo cerrado de episodios en las cuales puede tener cabida la carga dinámica de la prueba. Por el contrario, dejó abierta esa posibilidad al juez, “según las particularidades del caso”, para lo cual mencionó solo algunas hipótesis: (i) la posesión de la prueba en una de las partes, (ii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iii) la previa y directa intervención en los hechos, (iv) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes, “entre otras circunstancias similares”.

Los eventos mencionados recogen en buena medida las reglas trazadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la propia Corte Constitucional.

Sin embargo, el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables-, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la “longa manus” del juez para restablecerla”.

2.1.5. CIRCUNSTANCIAS DE EXCEPCION PROBATORIA.

En el caso sub análisis, el Tribunal no encuentra que alguna de las partes, convocante o convocada, se encuentre en circunstancias de excepción probatoria o en condiciones de desventajas de una a la otra que hubieren indicado al Panel Arbitral la pertinencia de distribuir la carga probatoria, encargando a alguna de ellas el deber de acreditar determinados supuestos de los debatidos, por lo que el caso ha de resolverse siguiendo la regla general de que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, ya que, se insiste, la controversia fuente del presente asunto proviene de una relación contractual, negocio realizado en ejercicio pleno de la potestad y autonomía atribuida por la legislación vigente y reflejo

inequívoco de la aludida voluntad privada, en los precisos términos en que fue concebido, contrato sin definición legal el cual en todo caso una vez perfeccionado, sea típico o atípico, le asiste una realidad innegable y es que, por mandato legal, sus cláusulas son ley para quienes los han formado, como así está consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, de suerte que, al igual que todo vínculo negocial, el concertado por los aquí contendientes, está sujeto a las reglas generales de interpretación aplicable a cualquier acuerdo, atendiendo por supuesto, su naturaleza y características, como así lo regulan los artículos 1618 y s.s. del Código Civil Colombiano.

2.1.6. LOS PROBLEMAS JURIDICOS.

El núcleo o médula del problema que convoca la atención del Tribunal Arbitral en rigor es la liquidación del Contrato de Concesión VAL 001-05 celebrado el 2 de septiembre de 2005, y que en aquella se hagan distintos reconocimientos dinerarios que, según la posición del convocante, les quedaron adeudando, tales como (i) el valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada (cartera insoluta), según lo establecido en el literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 01-05; (ii) el valor equivalente a los errores del concedente que implicaron disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, según lo establecido en la Cláusula Vigésima del Contrato VAL 01-05, referente a la “*Garantía de ingreso por valorización*”; (iii) la suma equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, como obra adicional ejecutada por el concesionario para garantizar la calidad y estabilidad del proyecto, y; (iv) la suma equivalente a los gastos no presupuestados y autorizados por el Distrito para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia.

2.1.7. TESIS DE LOS ÁRBITROS

Del detenido y detallado análisis del expediente y de las pruebas incorporadas en éste en las oportunidades de ley y en debida forma, el Panel Arbitral llega a la conclusión de que en el presente caso la parte demandante sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. probó parcialmente que el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS incumplió el Contrato VAL 01-05, por lo que dispondrá de su liquidación y se accederá a algunas de las pretensiones declarativas y de condena, denegando otras sobre las cuales no encuentra el Tribunal que se hayan probado ciertos pedimentos, como se explicará más adelante.

CAPÍTULO TERCERO

3. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS DEL TRIBUNAL AL CASO EN ESTUDIO

3.1. ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA A LA LUZ DE LAS PRUEBAS

Procede el Tribunal a analizar las excepciones y pretensiones formuladas por las partes a la luz de las pruebas y consideraciones jurídicas para determinar si el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS incumplió a GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. sus obligaciones emanadas del CONTRATO DE CONCESIÓN VAL 01 - 05 celebrado el 02 de septiembre del año 2005 y luego despejará el estudio de los problemas jurídicos planteados en la demanda, lo cual se hará en las conclusiones del laudo, o sea, estudiar si a la parte convocante le asiste o no el derecho reclamado en su demanda.

3.1.1. CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS EXCEPCIONES

Como se reseñó en el ítem respectivo de este Laudo, el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS en su defensa presentó tres (3) excepciones que se analizan en el orden enumerado por la demandada y fueron estas: (i) Incumplimiento del contrato por no agotar la demandante los mecanismos previos de procedibilidad para poder demandar indicados en la demanda (conciliación, a la amigable composición y a la transacción) (ii) falta de pruebas para demostrar los sobrecostos y perjuicios reclamados (iii) falta de constancia expresa de incumplimientos en el acta de terminación.

3.1.2. ESTUDIO DE LA PRIMERA EXCEPCION.

En relación con la primera excepción propuesta, considera el panel arbitral que no es procedente pronunciarse al respecto, toda vez que en relación con la misma ha operado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

En efecto, como se recoge en el apartado de pruebas aportadas por la parte convocante como anexos de la demanda, se encuentra, como ya se ha indicado en capítulos anteriores de esta providencia, Laudo Arbitral de 14 de octubre de 2014, el cual se identifica con el presente proceso en aspectos tales como partes del proceso, y el mismo objeto de controversia, esto es, el Contrato de Concesión VAL 001 – 05.

Encuentra este panel arbitral que, en Laudo Arbitral de 14 de octubre de 2014 se analizó la excepción objeto de estudio en esta ocasión, la cual si bien en dicha oportunidad se denominó de manera diferente, encuentra este Tribunal que el sentido de aquella y la que ahora se analiza es equivalente, motivo por el cual se traen a colación los argumentos esbozados al respecto en el mencionado laudo:

“En efecto, debe ponerse de presente que en la actualidad el Decreto 1716 de 2009, con el cual se reglamenta todo lo relativo a la conciliación en materia contencioso administrativa y se otorgan facultades a los comités de conciliación de las entidades estatales para pronunciarse sobre la procedencia de la utilización de cualquier mecanismo alternativo de solución de controversias, establece de manera expresa en el párrafo 5° del artículo 2° que “El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales, cuyo trámite se regula por lo dispuesto por el artículo 121 de la Ley 446 de 1998”, con lo cual se evidencia sin lugar a dudas no existe ningún requisito previsto que deba agotarse para la procedibilidad de una convocatoria arbitral diferente al hecho de haberse pactado una cláusula compromisoria –como la que se encuentra en la cláusula trigésima quinta transcrita-, pues si el mecanismo que se constituye en obligatorio en la mayoría de los casos para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo no reviste tal calidad en lo arbitral, mucho menos podrá predicarse tal mandato de otras alternativas como el arreglo directo, la transacción o la amigable composición. A esto se suma, además, que de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, norma bajo la cual se rige el presente trámite, el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.”.

Ahora bien, con relación a la institución de la cosa juzgada, el Consejo de Estado en sentencia de 26 de febrero de 2015 manifestó:

“El objeto de la cosa juzgada es que los hechos y conductas que se han resuelto judicialmente no puedan ser debatidos nuevamente en un proceso posterior. Lo anterior por cuanto lo decidido por el juez adquiere las características de vinculante, obligatorio y, por lo tanto, de inmutable.

Que el elemento formal de la cosa juzgada tiene que ver con la imposibilidad de que el juez pueda volver a pronunciarse dentro del mismo proceso sobre un asunto que se decidió en una providencia ejecutoriada o, que otro juez, en un proceso diferente resuelva sobre una materia debatida con identidad de pretensiones y fundamentos jurídicos.

Así mismo se ha sostenido que el elemento material de la cosa juzgada tiene relación con la intangibilidad de la sentencia, en el entendido que se tiene por cierto que el juez de conocimiento se ocupó de la relación objeto de la contienda y que la decisión la adoptó respetando las formas propias del juicio.

(...) De acuerdo con lo anterior, según lo prevé el artículo 303 del Código General del Proceso, los elementos constitutivos de la cosa juzgada, son: (i) identidad de objeto; (ii) identidad de causa y, (iii) identidad jurídica de parte”²¹².

Siguiendo la misma línea, dicha Corporación, en sentencia de 7 de diciembre de 2017, expresó²¹³:

“La cosa juzgada es una institución de naturaleza procesal, en virtud de la cual los asuntos respecto de los que exista una decisión ejecutoriada, no pueden volver a ser ventilados ante la jurisdicción, razón por la cual de conformidad con el numeral 6° del artículo 180 del CPACA constituye una excepción previa, que en caso de encontrarse acreditada debe ser decretada de oficio, teniendo por efecto la terminación del proceso,

Sobre el concepto de Cosa Juzgada la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 17 de junio de 2017, indicó lo siguiente:

“(...) El fenómeno de la cosa juzgada se encontraba regulado en los artículos 332 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, cuyo contenido es el siguiente:

«(...) ARTÍCULO 332. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

(...) La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión [...]»

«(...) ARTICULO 175. COSA JUZGADA. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes".

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre

²¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 26 de febrero de 2015, Exp. 17001-23-33-000-2014-00219-01(ACU).

²¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 7 de diciembre de 2017, Exp. 05001-23-33-000-2015-02253-01.

que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Quando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios [...]

En relación con el fenómeno de la cosa juzgada, esta Corporación ha indicado que:

«(...) Pues bien, en cuanto al fenómeno de la cosa juzgada, cabe advertir que se le ha asimilado al principio del <<non bis in ídem>> y tiene por objeto que los hechos y conductas que han sido resueltos a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes por cuanto lo decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, goza de plena eficacia jurídica, por ello la cosa juzgada comprende todo lo que se ha disputado. (...)»

También ha señalado que:

«(...) Sobre la cosa juzgada, ha dicho la Corte Constitucional que es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquellas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto.

El fin primordial de este principio radica en impedir que la decisión en firme sea objeto de nueva revisión o debate, o de instancias adicionales a las ya cumplidas, o que se reabra el caso judicial dilucidado mediante el fallo que reviste ese carácter, con total independencia de su sentido y alcances, dotando de estabilidad y certeza las relaciones jurídicas y dejando espacio libre para que nuevos asuntos pasen a ser ventilados en los estrados judiciales.

La cosa juzgada responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, a partir del cual la sociedad pueda asumir sin sobresaltos la decisión así alcanzada.

El fenómeno de la cosa juzgada opera cuando mediante decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, la jurisdicción ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la causa petendi juzgada en proceso posterior.

Como tal, dicha figura jurídica impide que se expidan pronunciamientos futuros sobre el mismo asunto, dada su previa definición o juzgamiento a través de providencias en firme, en clara salvaguarda de la seguridad jurídica (...)»

Tanto el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil como el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo fueron derogados por el Código General del Proceso (Artículo 303) y por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Artículo 189).

(...) La doctrina ha indicado que para que opere este fenómeno se requiere de la presencia de los siguientes elementos:

«(...) 1.- Que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia dictada. Si en el primer proceso la sentencia no está ejecutoriada, no opera la excepción de cosa juzgada sino la de pleito pendiente, que es previa y cuyos requisitos son fundamentalmente los mismos de la excepción de cosa juzgada; sólo se diferencian en que el pleito pendiente supone la no terminación del primer proceso, en tanto que la cosa juzgada, al basarse en el fallo ejecutoriado, parte de la finalización de aquel, tal como ya se explicó al estudiar la excepción previa.

2.- Que ese nuevo proceso sea entre una mismas partes, o, como lo anota el art. 332, que “haya identidad jurídica de partes”.(...)

3.- Que el nuevo proceso verse sobre un mismo objeto (art. 332). Tal como lo dice con particular acierto la Corte, “el objeto de la demanda consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman a la justicia”, que son precisamente los puntos sobre los cuales versa la parte resolutive de la sentencia; Devis señala que el “objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o la relación jurídica declarada según el caso”.

Ampliamente tratado por la doctrina debido a su importancia, el concepto de objeto del proceso resulta esencial entre otros muchos aspectos para precisar la existencia de la cosa juzgada; numerosas son las teorías que pretenden explicar cuál es la noción, y vívido ejemplo de ellos son las posiciones de la Corte Suprema de Justicia y de uno de los redactora (sic) del Código, pues mientras la entidad que se encuentra en las pretensiones, el segundo lo ubica en la sentencia.

En realidad las dos posiciones son acertadas porque el objeto del proceso no sólo se encuentra en las pretensiones, lo cual equivale a aceptar que igualmente debe buscarse en los hechos en que aquellas se apoyan, sino también en lo decidido en la sentencia y es por eso que en orden a precisar si existe el mismo objeto en el nuevo proceso deben estudiarse los hechos, pretensiones y sentencia

del anterior para confrontarlo con los hechos y pretensiones del segundo a fin de precisar si existe identidad y, caso de darse los otros requisitos, declarar la existencia de la cosa juzgada.

4. Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior. La causa es la razón por la cual se demanda; los motivos que se tienen para pedir al Estado determinada sentencia. Esos motivos, por disposición del art. 76, deben aparecer expresados en toda demanda y surgen de los hechos de ella por cuanto de su análisis es como se puede saber si en verdad existe identidad de causa (...).”

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que la cosa Juzgada se estructura a partir de dos premisas, una objetiva relacionada con el objeto y la causa de la controversia, y otra subjetiva relativa a los sujetos que intervienen en un proceso. Así lo ha precisado la Sala Plena del Consejo de Estado entre otras en Sentencia de veintiséis (26) de julio de dos mil cinco (2005), señaló:

“La institución de la cosa juzgada, como lo ha reiterado esta Corporación, está sujeta a dos límites: el objetivo, que mira hacia el asunto sobre el que versó el debate y la causa petendi de la prestación, y el subjetivo, que tiene que ver con las personas que fueron parte en el proceso. Así mismo, la cosa juzgada se predica de los puntos que han sido materia expresa de la decisión de una sentencia y sólo puede extenderse a aquellos que por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de ella, se reputan tácitamente decididos. Los principios tutelares de esta institución jurídica son los establecidos en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, los cuales son aplicables al proceso contencioso administrativo, por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo. Según el artículo 332 ibídem, cabe plantear la cosa juzgada con éxito solo si concurren los tres elementos señalados en ella, esto es, que en ambos procesos exista identidad de partes, de objeto y de causa. La jurisprudencia y la doctrina han señalado que la identidad de partes no es física sino jurídica, lo cual explica la previsión del inciso segundo del precitado artículo, al entender que hay identidad de partes cuando los del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de los que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto intervivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda. Así mismo la jurisprudencia ha dicho que este tercer requisito, denominado límite subjetivo de la institución de la cosa juzgada, no tiene aplicación alguna en los procesos contencioso administrativos de nulidad, pues las sentencias que sobre ellos recaiga tienen un valor erga omnes, como lo establece el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, lo cual implica que son oponibles a cualquier demandante que pretende, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial. Además en estos procesos la parte actora no promueve la acción en interés particular, sino en interés del orden jurídico.”

3. En cuanto al límite subjetivo, los efectos de la cosa juzgada son por regla general interpartes, con excepción de las decisiones que producen efectos erga omnes, caso en el cual los mismos son oponibles de manera general...”.

Así las cosas, existiendo (i) identidad de partes, (ii) en relación con un conflicto relativo al mismo contrato o relación jurídica por una causa similar a la del proceso arbitral ya terminado con laudo en firme; (iii) y sobre el mismo objeto, esto es, a la valoración de una idéntica o equivalente excepción de fondo a partir del contenido del mismo contrato que actualmente se analiza, es evidente que se encuentra inhibido este panel arbitral para realizar un nuevo pronunciamiento, pues se violaría la restricción legal de volver a proveer en torno de un aspecto sobre el cual existe evidente cosa juzgada, parcial en este caso, por sólo referirse a la precisa excepción primera propuesta por la parte convocada.

En consecuencia con lo expuesto, y por cuanto en el laudo de octubre 14 de 2014 aquel panel arbitral despachó desfavorablemente la equivalente excepción de fondo que se estudia en el actual proceso de arbitraje –(en el sentido de que el agotamiento de la conciliación como mecanismo de solución de controversias, no es necesario para acudir ante tribunales de arbitramento convocados para dirimir controversias derivadas de contratos estatales, amén de que las partes, como lo ha dicho la jurisprudencia, no pueden condicionar el acceso a la justicia arbitral, al agotamiento de requisitos o instancias previas, con carácter de presupuestos procesales)–, no es viable declarar la procedencia de la primera excepción propuesta por la parte convocada, por lo cual se negará la misma, como se dirá en la resolutive del presente laudo.

3.1.3. ESTUDIO DE LA SEGUNDA EXCEPCION.

Por otra parte, en relación con la excepción segunda, considera este Tribunal que los argumentos que sustentan la misma no tienen vocación de prosperar, pues esa excepción la denomina la Convocada de *“FALTA DE PRUEBAS DE LOS SOBRECOSTOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO...”*, pero para hablar de las eventuales alteraciones en la economía del contrato debido a los adicionales o modificaciones que se suscribieron en desarrollo del mismo, en razón a que la parte actora solicita el reconocimiento de la suma equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén como obra adicional y mayor permanencia en aquella, en rigor ello no es una excepción, pues para pronunciarse sobre tales aspectos habría que analizar las pretensiones de la demanda donde solicita la demandante el reconocimiento de los costos de tales obras, por lo que el Tribunal ha de referirse a ello cuando estudio tales pretensiones.

3.1.4. ESTUDIO DE LA TERCERA EXCEPCION.

Esta última excepción el Distrito la denomina "IMPOSIBILIDAD DE RECLAMAR INCUMPLIMIENTOS EN ASPECTOS NO CONSIGNADOS EXPRESAMENTE EN EL ACTA DE TERMINACIÓN", argumentando que ni en el acta de entrega y recibo final de obras, como tampoco en las diferentes actas de suspensión o reiniciación de la obra objeto del contrato de concesión VAL 001-05, actas que afirma son vinculantes, la parte demandante hizo o consignó salvedades expresas de inconformidades, lo que impide hacer reclamaciones posteriores mediante la presente demanda arbitral, o sea, no tiene derecho a reclamar perjuicios por tal omisión.

Ciertamente, en tratándose de situaciones acaecidas en desarrollo de un contrato estatal que fueren subsumidas en un contrato adicional, no le es dable a las partes hacer reclamaciones sobre tales tópicos con posterioridad a la suscripción de dicho contrato adicional.

Cosa diferente plantea la parte demandada en la excepción que ocupa al Tribunal, como es que no se puede reclamar con posterioridad a la suscripción de actas parciales o de entrega de obras. Ello no está regulado en norma alguna, en tanto que sí es obligatorio hacer salvedades en la liquidación final del contrato, en la que, como es sabido, las partes acuerdan los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar para poder luego hacer reclamaciones judiciales futuras y en tal sentido establecen el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 (como lo modificó inicialmente el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y luego el inciso 3 del artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012) y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, lo siguiente:

"ARTÍCULO 60. DE LA OCURRENCIA Y CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 quedará así:

"Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la

responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión."

"ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo."

Por lo anterior, concluye el Tribunal que la citada excepción debe ser denegada, como en efecto así lo dispondrá por encontrar que es en la liquidación bilateral definitiva donde proceden las salvedades y en el presente caso no hubo liquidación bilateral del contrato, al punto de haberse solicitado su liquidación por vía arbitral.

3.2. ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES

3.2.1. PRIMERA PRETENSION DECLARATIVA.

Pretende la sociedad convocante, en primer lugar "que se declare la liquidación del Contrato de Concesión VAL 01 - 05 celebrado el 02 de septiembre del año 2005 entre el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA

DE INDIAS y el CONSORCIO VIAL CARTAGENA, por no haberse logrado liquidación de mutuo acuerdo, ni liquidación unilateral por parte de la administración,” y que se acceda a otras pretensiones declarativas y de condena que plantea como consecuenciales de la misma.

La demandante en el hecho décimo cuarto informa que el Contrato de Concesión VAL 001–05 no fue liquidado dentro de los términos y oportunidades de ley para ello, por lo que entiende que resulta viable proceder con su liquidación arbitral.

La parte convocada, en escrito de contestación alega que la pretensión trascrita, no corresponde a un hecho sino a una apreciación de la convocante; no obstante, al referirse a la primera pretensión declarativa donde se pide la liquidación del contrato, expresa que no se opone a ello y también pide que el mencionado contrato sea judicialmente liquidado, aspecto en el que igualmente coincide el Procurador Delegado, quien en sus alegatos manifestó:

“Así las cosas, vistas las pruebas allegadas y practicadas, así como las consideraciones jurisprudenciales precitadas, encuentra este humilde servidor que deberá accederse a las pretensiones DECLARATIVAS PRIMERA Y SEGUNDA, por encontrarse probado que, al momento de presentación de la demanda arbitral, la parte convocante se encontraba dentro de los términos para solicitar la liquidación del contrato objeto de este asunto, a través de este mecanismo procesal”.

El marco normativo general para la liquidación de los contratos estatales está previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, como fue modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, por su parte el trámite aplicable a la liquidación viene establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, antes transcritos.

Es pacífico entender y así lo admite este Tribunal, que en ciertos contratos como el que nos atañe, una vez concluida o terminada la relación jurídico vinculante entre las partes contratantes procede su liquidación, o sea desarrollar el procedimiento en virtud del cual las partes cruzan cuentas respecto a sus obligaciones para determinar si pueden declararse, en todo o en parte, mutuamente a paz y salvo, o precisar en la liquidación si existen obligaciones por cumplir y acordar formas de cumplimiento, extremo de la litis sobre el que no hay controversia, por lo que el Tribunal sin mayores consideraciones ordenará y procederá a liquidar el contrato de marras, por haberse solicitado dentro de la demanda arbitral y no observarse, de las pruebas allegadas, que las partes lo hubieren liquidado de mutuo acuerdo en su oportunidad legal, como tampoco que el DISTRITO DE CARTAGENA lo hubiere hecho de manera unilateral.

3.2.2. SEGUNDA PRETENSION DECLARATIVA Y PRIMERA DE CONDENA

La sociedad demandante, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., en la segunda pretensión declarativa solicita que ordene como saldo a su favor y en contra del DISTRITO DE CARTAGENA *“el valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada (cartera insoluta), según lo establecido en el literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 001 – 05”*, lo que armoniza con la primera pretensión de condena donde pide la totalidad del saldo pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada, más los intereses de financiación y moratorios causados desde la finalización de la Etapa de Recaudo, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%), y una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal y los autorizados por la Superintendencia Financiera.

La parte convocante funda su petición de reconocimiento de la contribución por valorización en los extremos fácticos y soportes contractuales que se relacionan a continuación:

Manifiesta el convocante que el valor del Contrato de Concesión VAL 001-05 se pactó de manera indeterminada, pero determinable al disponerse así en la Cláusula Tercera: *“el valor real de las inversiones estará constituido por la suma de los valores de los siguientes ítems: Revisión de estudios y diseños, construcción vial, gerencia del proyecto, ejecución del plan ambiental, interventoría, supervisión, control de calidad, gestión y adquisición de predios, costos de recaudo de la contribución, costos operativos del proyecto, utilidades, imprevistos, impuestos y gravámenes”*, el costo de la inversión es la suma expresada en la oferta del contratista, más la inflación transcurrida entre la fecha de cierre de la licitación hasta el día en que quede en firme la resolución distribuidora de la contribución de valorización.(...)”, oferta que hizo por la suma de DIEZ MIL CIENTO TRECE MILLONES QUINIENTOS QUINCE MIL SETENTA Y SIETE PESOS (\$10.113.515.077,00) M/CTE.

Que por aplicación de la citada Cláusula Tercera, la suma ofertada se actualizó con la expedición del DISTRITO – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL-, de la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008, quedando en un total de CATORCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS PESOS (\$14.672.380.322) M/CTE, suma que se distribuyó y asignó como valor a recaudar para el proyecto, a ser pagado entre los propietarios y poseedores de la zona de influencia del proyecto.

Que el Anexo No. 1 de la Resolución No. 064 de 2008, contiene la *"Tabla de riego y asignación individual del proyecto"*²¹⁴ e incluye, entre otros aspectos, el listado de propietarios y/o poseedores de los predios de la zona de influencia del proyecto a los cuales se les gravó con la contribución de valorización. Además, se aprecian otros datos como la identificación del predio, el área del predio y el gravamen asignado.

También expresa que en el Parágrafo del literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 001 – 05 se pactó que *"(...) Una vez terminada la etapa de construcción EL CONCESIONARIO en cualquier momento podrá devolver la cartera a EL CONCEDENTE. Desde este momento, los pagos que el Distrito deba efectuar a EL CONCESIONARIO se realizarán en los montos programados y a medida en que se vaya produciendo el recaudo, por trimestre vencido. Transcurridos seis (6) meses posteriores al vencimiento a la etapa de recaudo, el Distrito cancelará a EL CONCESIONARIO la totalidad del saldo pendiente. A partir de este término, se causarán intereses a la tasa del DTF más seis por ciento (6%)"* agregando que del Contrato de Concesión VAL 001 - 05 no se logró el recaudo total del valor distribuido y asignado mediante la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008, quedando una CARTERA INSOLUTA cuyo reconocimiento es lo solicitado en la segunda pretensión declarativa y primera de condena que ahora estudia el Tribunal

Que la Etapa de Construcción del Contrato de Concesión VAL 001 – 05 finalizó el 28 de octubre de 2015, y el Distrito recibió las obras el día 30 de octubre de 2015, e indica que ello consta en el Acta de Recibo de dicha fecha.

Que la regla sobre los plazos de inicio y terminación de la Etapa de Recaudo, la regula el Contrato de Concesión VAL 001 - 05 en el literal e) de la Cláusula Segunda, al sostener:

"Cláusula Segunda: Plazos. El Contrato estará sometido a los siguientes plazos:(...) e) Para la Etapa de Recaudo. El plazo para la facturación y recaudo por valorización cedida a EL CONCESIONARIO para la recuperación de la inversión y utilidades, es de sesenta (60) meses, contados a partir de la ejecutoria de la resolución de distribución de la contribución por valorización generada por la obra del proyecto objeto del contrato. Esta Etapa podrá iniciarse cinco (05) meses después de iniciada la Etapa de Diseño y Programación".

Que a partir del 13 de julio de 2010, el Distrito comunicó al concesionario sobre la ejecutoria de la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008, resolución distribuidora de la contribución por valorización- y de algunos actos

²¹⁴ Folio 206, Cuaderno de Pruebas 1.

administrativos de asignación individual de la contribución, lo cual efectuó inicialmente mediante comunicación VAL-DJ-7- 2010-000857 del 9 de julio de 2010, recibida el 13 de julio del mismo año por el concesionario.

Que conforme a la estipulación contractual contenida en el literal e) de la Cláusula Segunda ya transcrita, a partir del 13 de julio de 2010 se inició la Etapa de Recaudo del Contrato, la cual finalizó 60 meses después, esto es, el 13 de julio de 2015.

Que el concesionario devolvió la cartera insoluta a partir de diciembre de 2015, y para ello afirma que aporta como material probatorio el Oficio radicado CMV-T9 0-233 5 del 21 de diciembre de 2015, elevado al Distrito por la sociedad Constructora Montecarlo Vías S.A.S. con el fin de devolver la cartera insoluta y Oficio radicado en el Distrito bajo la secuencia EXT AMC-16 -0024268 del 20 de abril de 2016, reiterando la anterior solicitud.

Agrega, que el Distrito no realizó los pagos *"en los montos programados y a medida en que iban produciendo el recaudo, por trimestre vencido"*, como lo dice el parágrafo del literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 001 - 05.

Que transcurrieron más de 6 meses desde la fecha de terminación de la Etapa de Recaudo, los cuales se cumplieron el 13 de enero de 2016, por lo que la parte demandada está en la obligación de pagar la totalidad del saldo pendiente, más intereses calculados a una tasa del DTF más el 6%.

Por último, concluye la parte convocante, y así lo reiteró en su alegato final, que por no lograrse el recaudo del valor contractual y estar vencidos los plazos estipulados para haberse efectuado, el Distrito le adeuda las sumas no recaudadas o cartera insoluta, que corresponde a la contribución por valorización decretada más los intereses de financiación y moratorios causados desde la finalización de la Etapa de Recaudo, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%) y una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera, o los comerciales, y ello, dice, se constituye en el derecho económico de contratista de percibir su remuneración.

Por su parte, el Distrito al contestar la demanda se opone a que haya reconocimiento de suma alguna de dinero por cartera insoluta; sin embargo, manifiesta aceptación en los extremos de la demanda que se relacionan a continuación:

Que es cierto que expidió la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008, por medio de la cual se distribuyó y asignó la contribución de valorización correspondiente a los inmuebles ubicados dentro de la zona de influencia del proyecto a ejecutar²¹⁵.

Que en desarrollo del contrato de concesión No. VAL 001-05 se suscribieron diferentes modificatorios y adicionales (respuesta al hecho noveno), así como acta de entrega y recibo definitivo de la obra, a lo que agrega “*sin que se hicieran objeciones, pues se lee de (sic) en el concepto de interventoría que las obras recibidas cumplen con las normas y especificaciones generales de construcción y demás condiciones contractuales*” (respuesta al hecho décimo primero)²¹⁶;

Que la obra se inauguró como dice la convocante (respuesta al hecho décimo segundo), y que todos los plazos del contrato de concesión han expirado (respuesta al hecho décimo tercero).

No obstante, se opone con fuerza la entidad convocada a que se acceda a la segunda pretensión declarativa, en los siguientes términos: “*Nos oponemos a esta pretensión, en el sentido que se declaren acreencias a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., y en contra del Distrito de Cartagena de Indias, por considerar que no existen saldos pendientes de recaudar por concepto de contribución por valorización, según lo establecido en el literal e) de la cláusula segunda del contrato de concesión No. VAL-001-05, igualmente nos atenemos a lo que se pruebe dentro de la presente demanda arbitral.*”

Por su parte, el Procurador delegado para el asunto bajo estudio, en la oportunidad legal correspondiente rindió su concepto, en el cual, tras presentar un marco teórico de los contratos estatales de concesión, sin acotar que el Contrato de Concesión VAL 001-05, fue de primera generación donde las reglas de tipificación, estimación y asignación de los riesgos eran diferentes y muy amplias y favorables a los concesionarios, en comparación a las que luego se estructuraron a partir de las leyes 1150 de 2007, 1682 de 2013, 1882 de 2018 o incluso la ley arbitral 1563 de 2012 o las indicadas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código General del Proceso en lo aplicable, concluye la Procuraduría que en lo puntual se encuentra probada la pretensión segunda declarativa concluyendo que de acuerdo con los elementos probatorios le permite establecer que existe un valor pendiente por recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada, según lo establecido en el literal e) de la cláusula segunda del contrato de concesión VAL 001-05.

²¹⁵ Folios 200 a 204, Cuaderno de Pruebas 1.

²¹⁶ Folios 221 al 223, Cuaderno de Pruebas 1.

Pasa ahora el Tribunal a exponer sus consideraciones respecto de la pretensión bajo estudio. En primer lugar, se recapitularán algunos aspectos legales y doctrinales de los contratos estatales, recordando que el Legislador de 1993, siguiendo las directrices del derecho privado, el artículo 1494 del Código Civil Colombiano dispone que las obligaciones pueden nacer del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, en virtud del cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, definición trasplantada al derecho público y plasmada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de la Contratación Estatal), en cual expresa que contratos estatales son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Por su parte, los contratos de obra pública y de concesión de obra pública vienen definidos en el citado Estatuto como *“los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”*²¹⁷.

Así mismo, al analizar la doctrina, encontramos que, en cuanto al contrato de concesión de obra pública, el profesor uruguayo ENRIQUE SAYAGUÉS LASO indica que se trata de aquel por medio del cual la administración encarga a una persona la construcción de una obra pública y la faculta temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar el costo de aquella. Dice:

*“Dos elementos esenciales integran esta definición: a) construcción de una obra pública; b) financiación a cargo de los usuarios mediante el pago de una suma, denominada corrientemente peaje. El segundo elemento distingue claramente la concesión del contrato de pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio”*²¹⁸.

Para nuestra legislación el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 presenta la concesión de obra pública como un contrato autónomo frente al de obra pública; ya no se habla de que es una forma de pago del contrato de obra pública, como era la regulación normativa anterior, sino que es una tipología contractual individual, *per-se*, con

²¹⁷ Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 4º

²¹⁸ ENRIQUE SAYAGUÉS LASO. *Tratado de Derecho Administrativo*, v. II, 7 ed., Montevideo, Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2005, pp. 102 y 103.

características plenamente diferenciables. Pero, además, le estableció al contrato de concesión, como un contrato autónomo, tres variables: (i) como un servicio público, (ii) una obra pública o (iii) un bien público.

Se acota que la Ley 105 de finales de diciembre 1993, un poco posterior a la Ley 80 del mismo año, pero de octubre, en su artículo 30 se ocupó específicamente del contrato de obra pública por concesión, según el cual todas las entidades del estado central o descentralizado, incluso asociado pueden “*otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial*” y para recuperar la inversión, “*podrán establecer peajes y/o valorización*”, además las entidades territoriales “*podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado*”, excluyéndolos a su vez de la declaratoria de nulidad absoluta cuando fueren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, y de la facultad de terminación unilateral por parte del estado.

Igualmente, ha manifestado la Corte Constitucional con relación a este tipo de contratos:

“La Corte Constitucional²¹⁹ y el Consejo de Estado²²⁰ han extraído en sus pronunciamientos los elementos o características así: (i) implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario; (ii) la entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; (iii) puede acudir a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio; (iv) la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (v) el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo; (vi) el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien; (vii) deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

De esta manera, puede considerarse que la concesión es el contrato por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación del mismo a

²¹⁹ Sentencias C-250 de 1996 y C-711 de 1996.

²²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de 9 de 2004, Exp. 27.921, y sentencia de 19 de junio de 1998, Exp. 10.217.

manera de delegación, a una persona -generalmente un particular- denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total. En muchas ocasiones, la concesión trae aparejada la construcción de obras de infraestructura que de otra manera correspondería al Estado, como por ejemplo la construcción de carreteras, aeropuertos, infraestructura de telecomunicaciones, o puertos -como en el caso que se estudia- existiendo en muchos casos la cláusula de reversión para que dicha infraestructura entre a formar parte del patrimonio público una vez terminado el plazo de la concesión”²²¹.

También se considera relevante traer a colación lo que al respecto explica el profesor y ex Consejero de Estado, Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA²²² quien ha señalado:

“El contrato estatal se configura, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, como el instrumento más importante y expedito, en la hora actual de nuestras instituciones constitucionales y administrativas, para hacer viable los propósitos concesionales, en su doble connotación de concesiones de servicios públicos, y de concesiones de obras públicas, o para la ejecución de la necesaria infraestructura que reclama el desarrollo económico nacional; modalidades, que no obstante, la diferencia que de ellas hacen algunos ordenamientos, se encuentran ligadas por un mismo destino y sendero histórico, dado el carácter prácticamente complementario de los objetos que ambas persiguen para la satisfacción de las necesidades de la comunidad; objetos que, en muchos casos son articulados en los modelos financieros y económicos, estructurados, para atender, por la vía del contrato, las necesidades de la comunidad, en procura de ofrecer respuestas integrales en relación con las mismas, generando una muy interesante comunidad jurídica y financiera, (...)

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que “no por el mero hecho de que ese sentido sea claro, queda proscrita toda investigación de la intención común de las partes, pues puede ocurrir por ejemplo, que las palabras hayan tenido en el contexto espacio temporal en el que el contrato se discutió y nació, un sentido propio y distinto del general, natural y obvio, o que tengan diversas acepciones, o que sea equívoca una palabra determinada mirado el contexto del contrato, o que tenga un significado técnico preciso, o que de entrada al intérprete se le ofrezca, a más del texto claro, una intención común diversa de aquel. En fin, no ha de limitarse siempre el exégeta a una

²²¹ Sentencia C-068 de 2009.

²²² Cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Tesis Doctoral “El Contrato de Concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, pp. 58-60.

interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los contratantes¹), sobre todo si se tiene en cuenta que es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual. Y a ese propósito se encaminan las reglas que siguen al mencionado artículo 1618, la principal de ellas, contenida en el artículo 1622, alusivo a lo que las mismas partes contractuales han entendido con las palabras utilizadas en el contrato de cuya interpretación se trata. Es una especie de interpretación auténtica que le imprime vigor al real sentido del contrato por la aplicación práctica que las partes han hecho del mismo²²³.

En similar sentido y con apoyo en la doctrina extranjera²²⁴ en lo relativo a la interpretación de los contratos se afirma que es un deber para la aplicación del derecho: “(a) se identifica el problema concreto a resolver; (b) se indagan y se eligen los hechos jurídicamente relevantes; (c) se determina si ellos pueden demostrarse de acuerdo con el sistema de pruebas de cada ordenamiento; (d) se califica jurídicamente el contrato para conocer su régimen; (e) se desarrollan argumentos que se encadenan y entretajan, destinados a construir las premisas que se utilizarán para subsumir los hechos bajo las normas, y para aplicar otras fuentes del derecho relevantes para el caso, lo que incluye ponderar principios y valores; (f) se determinan las consecuencias jurídicas que solucionan el problema y se decide cómo se implementará esa solución. Adicionalmente, en ciertos casos (g) se resuelven colisiones normativas o contradicciones entre las cláusulas del contrato, y (h) se integran o completan lagunas o vacíos normativos. Esas tareas metodológicas suelen describirse como pasos o etapas, porque todo método científico se concibe teóricamente como un camino dirigido a encontrar verdades y resolver problemas. Pero, en la práctica, esas tareas no tienen la secuencia lineal y cronológica de un camino o sucesión de eventos, ni pueden separarse con precisión, pues se ejecutan dando saltos entre los hechos y el derecho. Los hechos se examinan tomando en cuenta el Derecho y también a la inversa, mediante un ir y venir que la doctrina describe como un círculo hermenéutico. Desde luego, no siempre será necesario realizar todas esas tareas metodológicas, y muchas de ellas suelen ejecutarse instantáneamente, lo que ocurre cuando un juez experimentado conoce los hechos fundamentales de un problema sencillo, y rápidamente identifica la solución. Existe allí, según la doctrina, una pre comprensión, vale decir, un pre-juicio, pues luego el juez deberá confrontar su solución preliminar con los detalles del caso y finalmente deberá elaborar un razonamiento que modifique o justifique la solución que encontró, pues una decisión inmotivada

²²³ Sent. Cas. Civ. de 1° de agosto de 2002, Exp. N° 6907, subraya la Sala” (Sent. Cas. Civ. de oct. 29/2007, Exp. 05038-01

²²⁴ FRANÇOIS BLANCHARD, *Lire le Droit: langue, texte et cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 227

*quebrantaría derechos y garantías fundamentales, como la interdicción de la arbitrariedad y el derecho a la defensa.*²²⁵.

De acuerdo con lo solicitado en las pretensiones de las que ahora se ocupa en analizar el Tribunal, esto es, la segunda declarativa y primera de condena, donde solicita la convocante que se declare como saldo a su favor y en contra de la convocada lo que corresponde a la cartera insoluta o el valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada, observa el Tribunal que se trata de un pedimento objetivo por así haberse acordado en el contrato, lo que encontramos ajustado a derecho por ser aquel un contrato de concesión de los de primera generación donde casi todo el riesgo del recaudo de la contribución de valorización se trasladaba a la entidad concedente, cuyo reconocimiento sólo depende de lo probado en ese sentido, lo que en efecto así lo encuentra acreditado el Tribunal y lo declarará impartiendo las órdenes de pago de rigor.

En efecto, el Panel Arbitral constata que en el expediente hay pruebas documentales allegadas en copias por la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S, donde se demuestran los siguientes extremos de la controversia:

La existencia del Parágrafo del literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 001 – 05, donde las partes pactaron:

*“Parágrafo: Una vez terminada la etapa de construcción EL CONCESIONARIO en cualquier momento podrá devolver la cartera a EL CONCEDENTE. Desde este momento, los pagos que el Distrito deba efectuar a EL CONCESIONARIO se realizarán en los montos programados y a medida en que se vaya produciendo el recaudo, por trimestre vencido. Transcurridos seis (6) meses posteriores al vencimiento a la etapa de recaudo, el Distrito cancelará a EL CONCESIONARIO la totalidad del saldo pendiente. A partir de este término, se causarán intereses a la tasa del DTF más seis por ciento (6%) y una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera”*²²⁶.

Igualmente, el Tribunal ha verificado que dentro de las pruebas allegadas con la demanda se encuentra anexa constancia de la finalización de la Etapa de Construcción, lo que se aprecia en la copia del acta de recibo de aquellas suscrita el 30 de octubre de 2015, como también hay prueba documental en el expediente donde consta que el Distrito recibió de la demandante las citadas obras de construcción el día 30 de octubre de 2015, siendo, según la cláusula citada del contrato bajo estudio, el momento a partir del cual la sociedad contratista podía hacer la devolución de la cartera, donde en lo pertinente, se reitera, dice: *“Una vez terminada la etapa de construcción EL CONCESIONARIO en cualquier momento podrá devolver la cartera a EL CONCEDENTE”*.

También se encuentra probado que la Convocante devolvió la cartera insoluta al Distrito el 21 de diciembre de 2015,

²²⁵ FRANCO MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padua, Cedam, 1998, p. 63.

²²⁶ Folio 11, Cuaderno de Pruebas 1.

como consta en el Oficio radicado CMV-T90-2335 el 23 de diciembre de 2015²²⁷, aspecto que reiteró mediante oficio con radicado EXT-AMC-16-0024268 del 20 de abril de 2016²²⁸.

Mediante prueba pericial²²⁹, anexada a la demanda rendida por el experto, JUAN CARLOS FRIAS MORALES, quien realizó el análisis demostrativo de que la entidad convocada no realizó los pagos debidos a la convocante en los montos y plazos en correspondientes, por lo que el perito comprobó que por concepto de estas pretensiones, el Distrito adeuda la suma de \$1.801.294.184,47 por cartera insoluta; \$1.580.478.671,08 por intereses de financiamiento del 13 de julio de 2010 al 13 de julio de 2015; \$160.786.644,44 por intereses de financiamiento del 14 de julio de 2015 hasta el 13 de enero de 2016 y \$339.380.685,78 por intereses de financiamiento DTF+6 del 14 de enero de 2016 al 31 de marzo de 2017 y \$256.234.097,74 por intereses de mora del 14 de enero de 2016 al 31 de marzo de 2017 a la tasa del 12%, para un total de \$4.138.174.283,52.

Los árbitros dan pleno valor probatorio tanto a los documentos mencionados en este apartado del Laudo Arbitral como al dictamen citado, por encontrar que aquellas fueron pruebas regular y oportunamente aportadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 164 del Código General del Proceso en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Ley 1563 de 2012, y son apreciadas en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica; aunado al hecho de que los referidos documentos no fueron tachados de falsos, y el dictamen pericial se encuentra ajustado a lo establecido en los artículos 226 y siguientes del citado estatuto procesal.

Por todo lo analizado, este Tribunal arbitral dispondrá en la parte resolutive del laudo la prosperidad de la pretensión segunda declarativa y primera de condena, o sea, declarará o reconocerá a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada como cartera insoluta, según lo establecido en el literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 01 – 05” condenando al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagarle a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. la suma de \$4.138.174.283,52, monto determinado por el perito por tal concepto.

3.2.3. TERCERA PRETENSION DECLARATIVA Y SEGUNDA DE CONDENA.

La sociedad demandante, en la tercera pretensión declarativa solicita *“que se declare como acreencia o saldo a su favor y en contra del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el valor equivalente a los errores del CONCEDENTE que implicaron disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la*

²²⁷ Folios 423 y 424, Cuaderno de Pruebas 1.

²²⁸ Folios 425 a 431, Cuaderno de Pruebas 1.

²²⁹ Folio 579 a 590, Cuaderno de Pruebas 1.

factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, según lo establecido en la Cláusula Vigésima del Contrato VAL 01-05, referente a la "Garantía de ingreso por valorización" y se le condene a pagarle de ello el valor que se llegará a probar de ello más los intereses de financiación y moratorios causados desde la expedición de los actos administrativos que declaran los errores de riego o fecha de la sentencia judicial que declaró el error, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%), y una tasa de interés moratorio equivalente al interés más bajo entre los de la Ley de la Contratación Estatal, los autorizados por la Superintendencia Financiera, o los comerciales".

Funda sus pretensiones la convocante en los "errores de riego" en que afirma incurrió el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias – Departamento Administrativo de Valorización Distrital –, y el consecuente incumplimiento del contrato por ese aspecto, de conformidad con lo establecido en los hechos numerados en su demanda del 4.2.2. a 4.2.2.8., que se pasan a sintetizar.

Manifiesta la parte convocante en la demanda que el Distrito, a través del Departamento Administrativo de Valorización Distrital, expidió la Resolución No. 064 del 27 de junio de 2008, por la cual distribuyó y asignó entre los propietarios y poseedores de la zona de influencia del proyecto, la suma de CATORCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS PESOS M/CTE. (\$14.672.380.322), como valor total del Contrato de Concesión VAL 001 - 05.

Que de conformidad con el artículo tercero de la parte resolutive de la Resolución No. 064, a cada propietario o poseedor se le debía asignar individualmente la contribución distribuida conforme el Anexo No. 1 "Tabla de riego y asignación individual del proyecto", actos que quedaron en firme tal como lo comunicó el Distrito mediante oficios VAL-DJ-7-2010-000857 del 09 de julio de 2010, y VAL-DJ-10-2010-001147 del 08 de octubre de 2010.

Que luego de la ejecutoria de la Resolución de Riego y de los actos administrativos iniciales de asignación individual de la contribución, se detectaron tanto de oficio por el Distrito, como por advertencia del concesionario y de algunos propietarios y/ o poseedores, incongruencias en el Anexo No. 1 de la Resolución No. 064 que implicaron disminuciones en los gravámenes asignados.

Afirma la demandante que la materialización de la modificación enunciada en el párrafo anterior se realizó, en algunos casos, mediante la expedición de actos administrativos proferidos por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, y en otros, atendió a sentencias judiciales, los que relacionó así: Resolución No. 1873 del 22 de marzo de 2013, que modifica situaciones constitutivas de "errores de riego" del predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010254000; Resolución No. 5845 del 20 de agosto de 2013, que modifica situaciones constitutivas de "errores de riego" del predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010255000; y, Sentencia de 23 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, con Ponencia del Magistrado de aquel entonces José Fernández Osario, dentro del radicado 157 de 2012, Medio de Control Nulidad y

Restablecimiento del Derecho, que modifica situaciones constitutivas de "errores de riego" del predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010204000.

Igualmente, manifiesta el convocante que de conformidad con la cláusula vigésima del contrato de concesión, referente a la "*Garantía de ingreso por valorización*", el concedente como responsable de decretar, la distribución y liquidación de la contribución de valorización, debía garantizar y compensar al concesionario por las disminuciones individuales de la contribución superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios y/o poseedores resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, y que en virtud de lo anterior, radica en cabeza del Distrito la obligación de cancelarle las sumas que como consecuencia de un "error de riego" se llegaren a probar en el proceso arbitral.

Por último, en la etapa de alegaciones al reiterar la pretensión bajo estudio y valoró tales errores de conformidad con el dictamen pericial aportado como prueba de ello.

Por su parte, la entidad convocada al contestar la demanda no hace referencia específica a los hechos relativos a los errores de riego pero si niega la pretensión de condena de ello e indica que se opone a esa pretensión.

La Procuraduría Delegada, a su vez, respecto de la pretensión que se estudia manifestó:

"No se encuentran los elementos de prueba que le permitan considerar que debe accederse a ella, mucho menos si como aparece en el expediente ya dentro del trámite arbitral de CONSTRUCTORA MONTECARLO VIAS S.A.S. (absorbida por la ahora demandante) contra el Distrito de Cartagena y el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, fue proferido laudo de 14 de octubre de 2014, f. 240, el cual en su ordinal 17º condenó a la ahora demandada al pago de lo pretendido en este asunto, esto es las sumas derivadas de las disminuciones individuales por contribución de valorización superiores al 0.5% causadas por la reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios en la zona de influencia del proyecto".

Pasa el tribunal a exponer sus consideraciones respecto de la pretensión objeto de estudio, para lo cual, como primera medida, nos remitiremos a las reflexiones acerca del contrato, pruebas y su valoración para las pretensiones antes estudiadas, por resultar aplicables a la pretensión que se estudia en este aparte.

Es menester recordar que pretensión similar a la que en esta ocasión se estudia también fue objeto de pronunciamiento en Laudo Arbitral de 14 de octubre de 2014 proferido dentro del proceso arbitral promovido por la Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (absorbida por la ahora demandante) contra el Distrito de Cartagena – Departamento Administrativo de Valorización Distrital, aportado al proceso como prueba documental anexa a la demanda y contra la cual no se formuló tacha alguna por parte de la parte convocada, motivo por el cual, dado la identidad de partes y de pretensiones, considera este Tribunal relevante traer a colación sus consideraciones al

respecto:

“El acto administrativo distribuidor de la contribución por valorización en el Contrato de VAL 01–05, fue la Resolución No. 064 del veintisiete (27) de junio del año dos mil ocho (2008), y el análisis de si hubo o no errores en dicho acto que implicaren disminución del total esperado por el contratista con el recaudo de las contribuciones individuales de los titulares de los predios, es un aspecto objetivo que no requiere mayores soportes analíticos, salvo lo concerniente a la falta de planeación previa del contrato, que por ser ello del resorte del contratante, es responsabilidad de la entidad la consecuencia de ello”.

En efecto, se trata de pretensiones muy objetivas desprendidas de lo pactado por las partes en la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión VAL 001 – 05, relativa a la Garantía de ingreso por Valorización, mediante la cual se pactó lo siguiente:

“El concedente, como responsable de la decretación, distribución y liquidación de la contribución de valorización garantizará y compensará al concesionario por las disminuciones individuales de la contribución superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios como resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto. Este balance se efectuará trimestralmente a partir de la iniciación del cobro. Se contabilizará y pagará trimestralmente con su respectiva tasa de interés moratorio conforme a lo establecido en este contrato”.

A través de las pruebas documentales aportadas a la demanda, entre otras el Contrato de Concesión celebrado por las partes y sus modificatorios de fechas 20 de febrero de 2007, 26 de junio de 2008, 12 de julio de 2013, 26 de marzo de 2014, 12 de diciembre de 2014 y 29 de abril de 2015, las Resoluciones No. 1873 del 22 de marzo de 2013, No. 5845 del 20 de agosto de 2013 y la sentencia de 23 de agosto de 2013, así como el dictamen rendido por el perito Juan Carlos Frías Morales, en el cual consta la existencia de los errores en la distribución del riego en un total de \$746.624.368,86 a la fecha del dictamen pericial, los cuales, de conformidad con los argumentos expuestos, deberán ser reconocidos, motivo por el cual se ordenará su pago en la parte resolutive del presente Laudo Arbitral.

Ahora bien, como acotación final a las anteriores reflexiones, debe precisarse que los reconocimientos que se hacen en el presente laudo arbitral están referidos a yerros de riego diferentes a los ya reconocidos en el enunciado Laudo Arbitral del 14 de octubre de 2014.

En efecto, en el Laudo de 14 de octubre de 2014 se reconoció y condenó de conformidad con las siguientes consideraciones:

“Del acervo referido se logró demostrar que mediante la Resolución No. 4874 del 16 de septiembre de 2010, la Resolución No. 3358 del 16 de mayo de 2011, la Resolución No. 5493 del 20 de diciembre de 2011, la Resolución No. 0964 del 01 de junio de 2012, la Resolución No. 1035 del 13 de junio de 2012, la Resolución No. 2731 del 13 de diciembre de 2012, y la Resolución No. 1874 del 22 de marzo de 2013, emitidas por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, se configuraron auténticos errores de riego.

(...)

*Por todo lo anterior el Tribunal declarará probadas las pretensiones primera y segunda declarativas de la demanda arbitral, probada la pretensión sexta declarativa de la demanda arbitral y accederá a declaración cuarta de condena relativa a este concepto la cual se logró probar en un valor de **TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL CINCUENTA PESOS (\$3.788.210.050)**, a corte de veintitrés (23) de abril de dos mil cuatro (2014). A su vez, se declarará no probada la excepción propuesta por la Convocada denominada “Inexistencia de incumplimiento alguno por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones derivadas del contrato número VAL 01 – 05 celebrado con la parte Convocada, en cuanto al riego por valorización”.*

En esta oportunidad, el Tribunal se ocupa de la petición de la parte actora relacionada con la expedición la Resolución No. 1873 del 22 de marzo de 2013, que modifica situaciones constitutivas de "errores de riego" del predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010254000; la Resolución No. 5845 del 20 de agosto de 2013, que modifica situaciones constitutivas de "errores de riego" del predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010255000; y la Sentencia de 23 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, con Ponencia del Magistrado de aquel entonces José Fernández Osario, dentro del radicado 157 de 2012, Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que modifica situaciones constitutivas de "errores de riego" del predio identificado con Referencia Catastral No. 000100010204000, como ya se había dicho en esta providencia, integrado por los siguientes conceptos que incluyen error en el riego como capital, intereses de financiación e intereses de mora en las cuantías y plazos señalados en el dictamen de marras, que totalizan las siguientes sumas:

| Referencia catastral | Total error de riego |
|----------------------|----------------------|
| 000100010254000 | \$25.390.156,31 |
| 000100010255000 | \$18.727.263,18 |

| | |
|-----------------|------------------|
| 000100010204000 | \$702.506.949,37 |
| TOTAL | \$746.624.368,86 |

3.2.4. CUARTA PRETENSION DECLARATIVA Y TERCERA DE CONDENA.

Pretende la parte convocante que “se declare como acreencia o saldo a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., y en contra del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, la suma equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, como obra adicional ejecutada por el CONCESIONARIO para garantizar la calidad y estabilidad del proyecto”.

Argumenta en su demanda que durante la etapa de construcción el concesionario identificó que el ítem denominado dentro del presupuesto de obra como “Terraplén con material de préstamo”, no cumplía con las especificaciones técnicas INVIAS INV-220, motivo por el cual se debió construir una corona al terraplén utilizando el ítem “Terraplén con material seleccionado e=30cm”, en aras de garantizar la calidad y estabilidad del proyecto. Afirma, además, que dicha ejecución constituye una obra adicional al contrato que por tal debe ser reconocida y pagada. En su alegato de conclusión, la convocante reitera lo indicado en su demanda sin presentar el análisis probatorio de por qué debe el Tribunal acceder a la pretensión que se analiza.

La parte convocada, si bien no realizó pronunciamiento sobre los hechos relacionados con la pretensión bajo estudio, sí se opuso a la pretensión misma y propuso la excepción de falta de prueba, como ya se indicó, manifestando que de conformidad con la jurisprudencia nacional, tanto para que se declare la mayor permanencia como para la declaratoria de obras adicionales, se requiere que el demandante haya demostrado plenamente dentro del proceso, ya sean los perjuicios, ocurrencia y monto, en el evento de la mayor permanencia de obra; o que se encontraban previamente autorizadas y recibidas de conformidad por el contratista, en el caso de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra.

Por su parte, el Procurador Delegado conceptuó que no se encuentra dentro del expediente prueba alguna de la ejecución de las obras cuyo reconocimiento se solicita, agregando además un análisis de la sentencia de unificación de Consejo de Estado respecto de la procedencia de la *actio in rem verso*, concluyendo que en el presente asunto no se reúnen los requisitos para la declaratoria del enriquecimiento sin causa.

Pasa ahora el panel arbitral a exponer sus consideraciones en relación con la pretensión objeto de estudio.

Al respecto, considera necesario este Tribunal, como primera medida, analizar si la construcción de una corona de terraplén con material seleccionado e=30 cm dentro del contrato de marras constituía una obra adicional, o por el

contrario una mayor cantidad de obra, en aras de determinar el marco normativo aplicable, y en uno u otro caso, si obra prueba en el expediente relativas a ello.

El Consejo de Estado en múltiples ocasiones ha expresado que la diferencia esencial entre una mayor cantidad de obra y la obra adicional consiste en que mientras la primera se entiende como ejecución de mayores cantidades de unos ítems que sí han sido contemplados en el contrato, es decir, que las obras fueron contratadas pero su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida, las segundas se entienden como aquellas obras carentes de consagración en el contrato y para las cuales resulta necesario establecer los nuevos precios unitarios, es decir, se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución en determinadas circunstancias resulta necesaria.

Así mismo, el Contrato de Concesión N° VAL-001-05, establece en la cláusula décima novena, lo siguiente:

“CLAUSULA DECIMA NOVENA: OBRAS COMPLEMENTARIAS. - Si durante el desarrollo del contrato se identifican, por cualquiera de las partes contratantes, obras no incluidas dentro del alcance físico contratado, pero necesarias para el proyecto, el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO podrán acordar la ejecución de estas obras complementarias mediante la suscripción de un contrato adicional en el que consten los ítems, las cantidades y los precios unitarios relacionados con dichas obras, caso en el cual si los ítems de estas obras complementarias están contemplados en la propuesta del concesionario al licitar, el precio unitario con el que se pagará será el establecido para el ítem respectivo, en caso contrario, el precio unitario debe ser acordado por las partes. EL CONCEDENTE compensará el precio de estas obras con cargo a los recursos provenientes de su presupuesto previo trámite de la disponibilidad presupuestal y el respectivo registro para cumplir con lo dispuesto en la ley 80 de 1993 en armonía con el decreto 111 de 1996 del proyecto.”

Esta cláusula fue modificada por la Cláusula Primera del Contrato Modificatorio N° 03, en los siguientes términos:

*“CLAUSULA DECIMA NOVENA: OBRAS COMPLEMENTARIAS. - Si durante el desarrollo del contrato se identifican, por cualquiera de las partes contratantes, obras no incluidas dentro del alcance físico contratado, pero necesarias para el proyecto, el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO podrán acordar la ejecución de estas obras complementarias mediante la suscripción de un contrato adicional en el que consten los ítems, las cantidades y los precios unitarios relacionados con dichas obras, caso en el cual si los ítems de estas obras complementarias. (sic) **El precio unitario deberá ser acordado por las partes, conforme a los***

índices del mercado: EL CONCEDENTE compensará el precio de estas obras con cargo a los recursos provenientes de su presupuesto previo trámite de la disponibilidad presupuestal y el respectivo registro para cumplir con lo dispuesto en la ley 80 de 1993 en armonía con el decreto 111 de 1996 del proyecto”.

Es claro, entonces, que lo establecido en la Cláusula décima novena *ibídem* (modificada posteriormente por la Cláusula N° 1 del Contrato Modificatorio N° 03), bajo el nombre de *Obras Complementarias*, no constituye otra cosa que lo que jurisprudencialmente se ha reconocido como obras adicionales.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, no existe duda alguna de que la adición de obras como la de “*una corona al terraplén*” en material diferente al presupuestado inicialmente —en caso de que se comprobare su celebración y ejecución de conformidad con los requisitos contractuales y legales— constituiría una obra adicional a cuyo reconocimiento y pago se encontraría obligada la entidad contratante, toda vez que constituye un ítem que no se encuentra regulado por el Contrato de Concesión N° VAL–001–05 que se encuentra por fuera del marco obligacional del mismo.

Así mismo, con relación al reconocimiento y pago de las obras adicionales, el Consejo de Estado en sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013, dentro del proceso identificado con el radicado interno N° 23829²³⁰, manifestó:

*“(…) Para que sea procedente la condena de la entidad al pago de las obras ejecutadas por fuera de lo expresamente pactado en el contrato, tal y como sucede con las mayores cantidades de obra – entendidas éstas como la ejecución de mayores cantidades de unos ítems que sí han sido contemplados en el contrato- o con las obras adicionales –es decir aquellas carentes de consagración en el contrato y para las cuales resulta necesario establecer los nuevos precios unitarios- **se requiere que su construcción no haya obedecido a la simple iniciativa autónoma del contratista, pues él está obligado por los términos del negocio jurídico celebrado con la administración y sólo debe realizar las obras en la cantidad y clase allí estipulados, salvo que de común acuerdo y en forma expresa, las partes hayan dispuesto la realización de mayores cantidades de obra u obras adicionales o que la entidad, en ejercicio de su facultad de modificación unilateral, así lo hubiere decidido a través del respectivo acto administrativo.** De lo contrario, la clase y cantidad de obras, serán las contempladas en el contrato y a ellas se debe atener el contratista.” (Subrayado y negrillas fuera del texto original)*

²³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 13 de Noviembre de 2013, Exp. 23829.

Ahora bien, en aras de determinar si en el presente caso se reúnen los requisitos para el reconocimiento de obras adicionales, a la luz de lo consagrado por la jurisprudencia y el contrato mismo, se analizarán las pruebas que obran en el expediente:

El convocante dentro del acápite de la demanda denominado “RELACIÓN POBATORIA” en el aparte “9.1.4. DOCUMENTALES: PRUEBAS RELACIONADAS CON EL RECONOCIMIENTO DE LA SUMA EQUIVALENTE AL MATERIAL SELECCIONADO UTILIZADO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA CORONA DE TERRAPLÉN, COMO OBRA ADICIONAL EJECUTADA POR EL CONCESIONARIO NECESARIA PARA GARANTIZAR LA CALIDAD Y ESTABILIDAD DEL PROYECTO”, aporta como pruebas las siguientes:

- 1) Factura de venta N° 1106 de fecha 28 de octubre de 2014, emitida por la firma PROYETZA S.A.S., como vendedor, al patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO BBVA FIDUCIARIA S.A., como beneficiario o comprador, en la cual se hace constar como concepto el “SUMINISTRO Y COMPACTACIÓN DE MATERIAL GANULAR, ZAHORRA PARA TERRAPLEN EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA TRANSVERSAL QUE UNE EL ANILLO VIAL O RUTA 90 CON LA CORDIALIDAD CARTAGENA”²³¹.

Al respecto se precisa que la factura, como título valor que es, no constituye prueba alguna de la ejecución de las obras cuya declaración pretende el convocante.

- 2) Oficio con radicado EXT-AMC.13-0027020 de 22 de abril de 2011, suscrito por el Director de Obra – Diego Armando Álvarez Hernández, presentado a la Directora del Departamento Administrativo de Valorización Distrital – Clara Calderón Muñoz; por medio del cual se pone de manifiesto que “para cumplir con el trazado total del proyecto y mantener las condiciones de diseño actual, se hace necesario la inclusión de nuevos ítems al Contrato VAL 001-05, tales como: Suministro de material seleccionado para terraplén; Transporte, extendido y compactada de material seleccionado para terraplén; Empradización o protección de taludes; Estudio y diseño de intersección vial Ruta 90 – Cordialidad; Estudio y diseño de intersección vial Ruta 90 – Vía al Mar; Estudio y diseño a solución vial acceso a Tierra Baja; Obras Hidráulicas en el K2 + 150; Obras Hidráulicas en el K9 + 350 (Arroyo Mata Gente); Enrocados y Protección; Conformación de Rasante.”²³².

Y Oficio con radicado EXT-AMC.13-0028400 DE 26 DE ABRIL DE 2013, suscrito por el Director de Obra – Diego Armando Álvarez Hernández, presentado a la Directora del Departamento Administrativo de Valorización

²³¹ Folio 468, Cuaderno de Pruebas 1.

²³² Folio 469, Cuaderno de Pruebas 1.

Distrital – Clara Calderón Muñoz; por medio del cual se *“hace entrega del Presupuesto de Obras adicionales, ítems complementarios y APU’S del proyecto Ruta 90 para su estudio y aprobación.”*²³³.

Se encuentra demostrado con los oficios enunciados únicamente la planificación y cuantificación de las cantidades necesarias para la realización de unas obras adicionales en aras de preservar la estabilidad y calidad del proyecto; sin embargo, nuevamente no es dable colegir de éstos el cumplimiento de los requisitos necesarios para el reconocimiento de una obra adicional, tales como la aceptación por parte de la entidad contratante protocolizada mediante la suscripción de Contrato Adicional.

Además, los oficios relacionados en sí mismos no constituyen prueba siquiera indiciaria de la ejecución de las obras cuya declaratoria se persigue.

- 3) Acta de Reunión N° 007-2013 de 14 de marzo de 2013²³⁴, en la cual, en relación con el tema que nos atañe, consta lo siguiente:

“El Ing. DIEGO ALVAREZ manifiesta que el material del Terraplén contemplado en las especificaciones técnicas, no cumple para la obra que se ejecutando. (sic) Aduce que por su experiencia en otros proyectos, dicho material ha presentado inconvenientes, y que no se ajusta a los parámetros del INVIAS. Por lo anterior solicita que le permitan sugerir una (sic) material con una especificación particular, a someterla a la aprobación de la interventoría.

El Ing. HIRAM PRESTON responde al criterio del Ing. ALVAREZ, sustentando que en el Manual del Invias existe un error, y que acogerse a los parámetros allí contemplados, es imposible para cualquier proyecto que se ejecute. Explica las bondades del material que se estableció n las especificaciones técnicas. Adicionalmente manifiesta que, para el proyecto en particular, la interventoría está adelantando un ensayo de contracción y expansión.

Se deja constancia de que el material que está en las especificaciones técnicas, está aprobado por la interventoría, hasta obtener el resultado de la prueba de ensayo de contracción y expansión.”

De conformidad con lo anterior, el acta bajo estudio constituye prueba de que el contratista puso en conocimiento del contratante la necesidad de realización de unas obras en aras de garantizar la calidad y estabilidad del proyecto, pero que ni la interventoría ni la entidad contratante habían reconocido la procedencia o necesidad de las mismas, ni autorizado su ejecución a la fecha de realización de dicha reunión.

²³³ Folio 470, Cuaderno de Pruebas 1.

²³⁴ Folios 471 a 477, Cuaderno de Pruebas 1.

- 4) Oficio con radicado CMV-T90-2074-13 de 20 de mayo de 2013, suscrito por el Director de Obra – Diego Armando Álvarez Hernández, presentado a el Director de Interventoría – Hiram Prestan Prestan; en el cual consta:

“Nos dirigimos a usted con el fin de comunicarles que el material de terraplén cortado en sitio para la obra en curso no se ajusta a las condiciones granulométricas de las especificaciones INVIAS #220 (elaboración de terraplenes).

Solicito a usted una valoración de materiales externos sea el caso o la incorporación de alguna especificación para completar la estructura.

En la pasada reunión que tuvo lugar el día 8 de mayo del año en curso, se definió que la corona de terraplén (los últimos 30 cms) será de material externo; motivo por el cual solicitamos de manera formal su aprobación a esta situación y a su vez la definición de la especificación particular para este caso”.

Nuevamente, no es dable para este tribunal, colegir del presente oficio la aceptación por parte del contratante a través de un contrato adicional y mucho menos la ejecución por parte del contratista de las obras cuya declaratoria persigue.

- 5) Concepto de 11 de junio de 2013²³⁵, suscrito por Álvaro Ignacio Covo Torres, dirigido al señor Diego Armando Álvarez Hernández, en el cual se le informa:

“De acuerdo con los resultados de clasificación efectuados sobre los materiales de corte de la zona, encontramos que el pasa tamiz 200 del material es mayor que las especificadas por las normas INVIA. Vale anotar que la estructura de pavimento recomendada funcionaria satisfactoriamente dado que el CBR de dicho material de la zona, compactado al 95 por ciento de la densidad máxima obtenida en el ensayo de Proctor modificado, es mayor que 8 por ciento.

Con el ánimo de cumplir las Normas INVIAS, recomendamos utilizar el material de la zona para conforma el terraplén hasta a cota -0,30 del nivel terminado de corona. De este nivel hacia abajo recomendamos utilizar el material cortado del sitio compactándolo de acuerdo con las especificaciones del proyecto. Una vez terminado el terraplén se podrá colocar la estructura de pavimento de acuerdo con el diseño original del proyecto”.

Dicho concepto constituye prueba únicamente de que se realizaron ciertos estudios en aras de determinar la viabilidad de la obra en la corona del terraplén, y la importancia del cambio de material; sin embargo, nuevamente

²³⁵ Folio 479, Cuaderno de Pruebas 1.

con tal prueba tampoco le es suficiente al Tribunal concluir la ejecución de la obra o su aceptación por parte de la entidad contratante, mucho menos su formalización a través de contrato adicional alguno.

- 6) Dictamen pericial técnico de 26 de diciembre de 2013, rendido por el ingeniero Ernesto Rafael Merlano Morales, así como memorial de 11 de abril de 2014, por medio del cual aclaró y complementó el dictamen pericial, dentro del proceso arbitral promovido por Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (sociedad que fue absorbida por la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) contra el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, motivo por el cual este tribunal considera pertinente traer a colación las consideraciones esbozadas por el Tribunal en el Laudo Arbitral de 14 de octubre de 2014²³⁶:

“De acuerdo con lo anterior, nuevamente se observa que las obras que reclama la parte Convocante como necesarias para la calidad y estabilidad del proyecto objeto del Contrato VAL-01-05 en cuanto a su ejecución no fueron demostradas en este proceso, sino que sólo se probó la importancia de aquellas para la integralidad de la obra contratada, pues conforme al dictamen pericial se probó que era necesario la utilización del material de trasplante para la construcción de la corona del terraplén, de lo contrario se pondría en riesgo la estabilidad del proyecto, como también que el material conveniente incrementaría los costos de obra en la suma de mil ciento treinta y ocho millones cuatrocientos noventa (sic) y ocho mil seiscientos treinta y cuatro pesos (\$1.138.498.634,00), que no se podrán reconocer en este proceso por falta de pruebas, o sea, que para el Tribunal no hay duda, le queda claro y encuentra probado pericialmente que el material discriminado en el presupuesto de obra de la Resolución N° 064 del 27 de junio de 2008 se aparta de las especificaciones INVIAS para la corona del terraplén, con las consecuencias graves advertidas”.

Así mismo, el ingeniero Ernesto Rafael Merlano Morales compareció en calidad de testigo en este proceso y se refirió al dictamen pericial técnico de 26 de diciembre de 2013 y el memorial de 11 de abril de 2014 que lo aclaró y complementó rendidos por él dentro del proceso arbitral promovido por Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) contra el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, y allegados a éste proceso como prueba documental con la demanda, quien en su declaración fue contundente al afirmar la necesidad del cambio de material así como también que las obras relacionadas con la corona del terraplén no estaban construidas y que no le consta si con posterioridad a su dictamen fueron tenidas en cuenta las recomendaciones técnicas que él incorporó en las conclusiones de su experticia²³⁷.

- 7) ACTA DE ENTREGA Y RECIBO DEFINITIVO DE OBRA²³⁸ suscrita el 30 de octubre de 2015, por el Representante Legal de la sociedad Constructora Montecarlo Vías S.A.S. – Myriam Álvarez Torres, el Gerente Técnico de la sociedad Constructora Montecarlo Vías S.A.S. – Diego Álvarez Hernández, el Interventor Mayron Vergel A., y el Director D.A.V.D. – Ramón León, en la cual se deja la siguiente constancia: “La interventoría deja

²³⁶ Folios 207 a 421, Cuaderno de Pruebas 1. Subrayado fuera del texto original.

²³⁷ Minuto 56:14 de la grabación de la audiencia de reconocimiento de documento realizada el 24 de agosto de 2018. Folio 471 Cuaderno de Pruebas 2.

²³⁸ Folios 188 a 190, Cuaderno de Pruebas 1.

constancia que las obras recibidas cumplen con las normas y especificaciones generales de construcción y demás condiciones contractuales de acuerdo con los diseños, planos, cartera y especificaciones estipuladas para este proyecto, y que son las realmente ejecutadas”, pero no se deja constancia de que fuera cambiado el material de la corona y que por ello debiera el Distrito hacer algún reconocimiento en favor del contratista, lo cual también cierra la posibilidad probatoria a este Tribunal para hacer ese tipo de reconocimientos.

- 8) *SOLICITUD DE LIQUIDACIÓN BILATERAL* suscrita por la Representante Legal de la Constructora Montecarlo Vías S.A.S. – Myriam Esther Álvarez Torrez, dirigido a la Alcaldía de Cartagena de Indias – Departamento Administrativo de Valorización Distrital, presentado el 18 de marzo de 2018, identificado con el radicado EXT-AMC-16-0017485²³⁹, en la cual únicamente se solicita el reconocimiento y pago de los siguientes conceptos: Cartera Insoluta; Cuentas por pagar reconocidas relativas al Modificatorio N° 03 y adicional en obras; Gastos no presupuestados y autorizados por el distrito y Errores de Riegue.

Para este tribunal, si bien es claro en qué instancias es necesario que se plasmen salvedades, si llama la atención la actitud omisiva por parte del contratista tanto en el acta de entrega y recibo definitivo, como en la solicitud de liquidación bilateral, respecto de los gastos incurridos y cuya declaratoria persigue por medio de la pretensión objeto de estudio en relación con el reconocimiento de costos por el cambio de la corona del terraplén.

De conformidad con lo anterior, es claro para este Tribunal que del acervo probatorio puede concluirse la importancia del cambio de material para la construcción de la corona del terraplén; pero también que no hay prueba de que la entidad convocada hubiese acordado con el contratista la ejecución de obras diferentes a las pactadas en el contrato a través de un contrato adicional, deficiencia probatoria que ya ha sido puesta en conocimiento de la convocante desde Laudo de 14 de octubre de 2014).

Tampoco obra prueba en el expediente que acredite que el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias hubiere recibido obras distintas a aquellas contratadas o que hubiese accedido a la ejecución de obras adicionales sin reconocer su valor por lo que no puede ahora el contratista aspirar costos superiores a los convenidos contractualmente.

La parte convocante no aportó en momento alguno prueba idónea y pertinente que permitiera concluir siquiera la ejecución misma de la obra cuya declaratoria persigue, esto es, el cambio de material de la corona del terraplén de *material de préstamo a material seleccionado e=30 cms.*

²³⁹ Folios 202 a 206, Cuaderno de pruebas 1.

Ahora, manifestó la apoderada de la parte convocante en sus alegatos de conclusión lo siguiente:

“En aplicación a la jurisprudencia actual, estamos frente a un caso en el que la formalidad contractual, no tiene asidero, pues probada está la inconveniencia técnica con consecuencias de orden público, de que el Contratista utilizara el Terraplén con material de préstamo en su proceso constructivo, y también está probado que la no utilización del Terraplén con material seleccionado e=30cm ocasionaría graves perjuicios con incidencia en la calidad y estabilidad vial, que es deber del co-contratante salvaguardar al tratarse de una obra pública que de no contar con los mínimos ordenados en las normas técnicas nacionales pondría en peligro la vida e integridad de la comunidad en general”.

Se pretende con lo anterior la aplicación de la jurisprudencia en materia de enriquecimiento sin causa, que ha establecido reiterada en múltiples ocasiones por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Mediante sentencia de 19 de noviembre de 2012, proferida dentro del Expediente 24.897, la Sección Tercera de la Corporación unificó su jurisprudencia en el sentido de afirmar “que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador”.

*No obstante lo anterior, la Sala también admitió hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, aunque insistió en que **“estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva**, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó”.*

Así la Sala previó que los casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso serían entre otros los siguientes:

“(…) a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

b) *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.*

c) *En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.”²⁴⁰ (Subrayado y negrillas por fuera del texto original).*

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, no halla el Tribunal que se configure ninguna de las causales previamente señaladas para el reconocimiento excepcional de actividades catalogadas dentro de la *actio de in rem verso*, aun aceptando en gracia de discusión que el cambio del material resultaba imperativo. Lo cierto es que no se comprueba ni el constreñimiento por parte de la entidad contratante, ni la urgencia en la ejecución de la obra en aras de preservar la salud o la vida que imposibilitara la suscripción del contrato adicional, ni mucho menos que se tratara de una situación ante la cual debiera declararse la urgencia manifiesta.

La inexistencia de un contrato adicional previo a la ejecución de las obras que se alegan realizadas por el concesionario, se traduciría en un flagrante incumplimiento de la cláusula décima novena del Contrato de Concesión VAL 001-05 (modificada posteriormente por la Cláusula N° 1 del Contrato Modificatorio N° 03), motivo por el cual las pretensiones cuarta declarativa y tercera de condena de la demanda no están llamadas a prosperar y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

3.2.5. QUINTA PRETENSIÓN DECLARATIVA Y CUARTA DE CONDENA.

Pretende la parte convocante que “se declare como acreencia o saldo a favor de la sociedad GAM CONSTRUCCIONES SAS y en contra el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, la

²⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 20 de febrero de 2017, Exp. 38.724.

suma equivalente de los gastos no presupuestados y autorizados por el Distrito para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia.”.

Hace referencia entonces a los saldos provenientes de los gastos en los que incurrió GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. con ocasión de la consulta previa que mediante sentencia de tutela de abril 16 de 2013, dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena, se ordenó al Distrito realizar en las comunidades afrodescendientes vecinas al proyecto ejecutado, lo que sustenta en los argumentos que se exponen a continuación²⁴¹.

Manifiesta la parte convocante que por la realización del proceso de consulta propiamente dicha, incurrió en el pago de la suma equivalente a treinta y cuatro millones quinientos sesenta y ocho mil pesos (\$34.568.000) que devienen de la celebración del contrato de prestación de servicios suscrito entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -Asococ Mi tambó-, el 28 de julio de 2014²⁴².

Igualmente afirma que por la contratación de mano de obra de la comunidad, a partir de la adición del contrato de concesión, por obras hidráulicas en los corregimientos de Puerto Rey y Tierra Baja, incurrió en la erogación equivalente al valor de ciento ochenta y tres millones cuatrocientos cuarenta y un mil cuatrocientos ochenta y un pesos (\$ 183'441.481), con base en el contrato No. 6050-01-2015, celebrado el 25 de mayo de 2015 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y Virgilio Girado Marrugo²⁴³.

Por último, hizo referencia al dictamen pericial rendido por el Perito Contador Juan Carlos Frías Morales, en el que se liquida la actualización monetaria de los anteriores conceptos²⁴⁴.

En relación con la pretensión bajo estudio, la parte convocada señaló que en el presente caso al distribuir *“la carga de las pruebas, se le exige al demandante probar determinado hecho pues que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”*, así mismo se opuso a las mismas y propuso la falta de prueba y la ausencia de salvedades en el acta de entrega como pretensiones perentorias, excepciones éstas consistentes, básicamente, en que no era procedente el reconocimiento de las erogaciones expuestas por la parte convocante, por cuanto para el reconocimiento de obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso, así como el hecho de que asistía en cabeza de la convocante el deber de formular salvedades y/o reclamaciones en el acta de entrega y recibo final, y en general, en las diferentes actas de suspensión o reiniciación de la obra del Contrato de Concesión VAL - 001 – 05.

²⁴¹ Folios 567 a 577, Cuaderno de Pruebas 1.

²⁴² Folios 518 a 524, Cuaderno de Pruebas 1.

²⁴³ Folios 536 a 538, Cuaderno de Pruebas 1

²⁴⁴ Folios 579 a 590, Cuaderno de Pruebas 1.

Por su parte, el Procurador Delegado se opuso, tomando como basamento la jurisprudencia del Consejo de Estado mediante la cual se unificó la posición de la corporación en torno a la procedencia de la *actio in rem verso*, concluyendo que en el caso bajo estudio no hay lugar a reconocer suma alguna a la sociedad contratista por el concepto que se analiza en este apartado.

Procede el panel arbitral a exponer sus consideraciones en relación con las pretensiones objeto de estudio.

En cuanto a los gastos resultantes de la ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito el 28 de julio de 2014 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -ASOCOC Mi tambó-, por la suma treinta y cuatro millones quinientos sesenta y ocho mil pesos (\$34.568.000), destinados a la realización del mencionado proceso de consulta previa, considera el Tribunal que es pertinente declarar la procedencia de su reconocimiento y pago a favor de la convocante, en aplicación de los artículos 13 y 23 de la Ley 80 de 1993 en armonía con el artículo 1603 del Código Civil, según los cuales las partes de un contrato deben obrar de buena fe en sus relaciones contractuales, incluido el deber de colaboración que éstas deben brindarse recíprocamente; así mismo, en atención al deber del juzgador de interpretar, calificar e integrar los contratos materia de valoración procesal.

Sobre estos principios y deberes, el Consejo de Estado se ha pronunciado en diversas ocasiones. Es así como, en providencia de 12 de agosto de 2014²⁴⁵, afirma:

“La buena fe en los contratos estatales contribuye a interpretar las consecuencias que tienen las irregularidades del negocio.

Para valorar las consecuencias de las irregularidades que se presentan en la actuación contractual, hay que tener en cuenta el principio de la buena fe, que rige las relaciones de negocios, tanto en el derecho privado como en el público. En este horizonte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

²⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,, sentencia de 12 de agosto de 2014, Exp. 28.565.

Pero los tratadistas Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve señalan, en la obra Derecho Civil de las Obligaciones, que la buena fe contractual no debe incorporarse, únicamente, en la etapa de ejecución de los acuerdos, sino que se extiende a la celebración del contrato, es decir que se exige en varias etapas de la actividad negocial, como lo dispone el artículo 871 del Código de Comercio: “Esta buena fe, referida a la ejecución del contrato, o sea a la especial conducta o comportamiento a cargo del deudor en el cumplimiento y del acreedor en recibir la prestación, se extiende hoy, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, también a la misma celebración del contrato. Esto indica que la buena fe se exige en varios momentos: en primer lugar, durante la vida del contrato; y, finalmente, en la propia ejecución del mismo.”

(...) Y el principio de la buena fe rige en la contratación estatal porque si bien no está reglado en la Ley 80, así lo invocan, entre otros, los artículos 13 y 23 del mismo estatuto, que remiten a los principios generales del derecho, al artículo 83 de la Constitución Política y a la legislación civil y comercial: “Artículo 13.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Reglamentado parcialmente por los Decretos Nacionales 1896 y 2166 de 1994, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 4266 de 2010. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”.

El artículo 13 establece que los contratos que celebren las entidades referidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 se rigen por las disposiciones civiles y comerciales, salvo en los asuntos regulados por el estatuto de la contratación administrativa, y se reitera que como el tema no se trató en dicha norma, no implica, de ninguna manera, que la actividad contractual de las entidades públicas esté exenta del principio de la buena fe. En ese orden, debe acudir, como lo explica el artículo en mención, a lo previsto en el artículo 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

Además, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, las actuaciones de los sujetos de la contratación estatal también se desarrollan con arreglo a los principios que dispone el mismo estatuto, a los postulados que rigen la función administrativa, a las normas que regulan la conducta de los servidores públicos; a las reglas de interpretación de la contratación, a los principios generales del derecho y a los particulares del derecho administrativo. En ese orden, de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

En esta línea de pensamiento, es un principio en virtud del cual los contratantes deben obrar con lealtad, honradez y conciencia de rectitud. Los tratadista (sic) Valencia Zea y Ortiz Monsalve se refieren al respecto, en los siguientes términos: "...la buena fe exige que los contratantes obren con lealtad, es decir que se debe emplear con los demás una conducta ajustada a las exigencias del decoro social y de la honradez, o sea, tener la conciencia de que se obra rectamente... La existencia de una conciencia recta tiene la virtud de objetivarse, e indica que los contratantes deben conformarse con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, es decir, con un determinado standard de usos sociales y de buenas costumbres. La buena fe significa 'que cada cual debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella; supone el conducirse como cabía esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes'".

Así mismo, en cuanto al deber de interpretar, calificar e integrar los contratos, en lo pertinente al caso concreto, la misma Corporación sostuvo:

"Interpretación, calificación e integración de los Contratos.

Cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, hay tres grandes labores que debe emprender el juzgador para la verificación correspondiente.

La primera es la interpretación del negocio jurídico celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes, verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio y la incorporación de estas comprobaciones al negocio. La segunda es la calificación del negocio celebrado, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo.

La tercera es la integración del negocio jurídico que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.

(...) En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan.

*Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado (calificando el acto, constatando los efectos jurídicos que de él se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo), para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos)*²⁴⁶.

Volviendo al estudio del caso concreto, en el CONTRATO de prestación de servicios suscrito el 28 de julio de 2014 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -ASOCOC Mi tambó-, al pie de las firmas de las partes mencionadas figura la refrendación del mismo por la Directora de Valorización Distrital de entonces, Dra. Cecilia Bermúdez Sagre. Adicionalmente, se encuentran las constancias de las órdenes de pago y de recibo que prueban la erogación acordada en el referido contrato de prestación de servicios²⁴⁷.

Aun cuando conforme con la sentencia de tutela de 16 de abril de 2013 dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena, que tuteló los derechos de las minorías étnicas de Puerto Rey y Tierra Baja, la obligación de llevar a cabo el proceso de consulta previa con las comunidades vecinas al proyecto recayó en el Distrito, se probó en el presente trámite que Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) asumió la obligación de contratar y pagar la gestión de la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -ASOCOC Mi tambó-, para el desarrollo de tales consultas con la anuencia de la entidad estatal hoy convocada. Y por cuanto dicho proceso de consulta previa resultaba imperativo, por orden de autoridad jurisdiccional competente, se constituyó en una obligación de ineludible cumplimiento para el Distrito, con lo cual, de no haberse realizado, no habría podido darse continuidad regular a la ejecución del contrato de concesión materia de este proceso.

En consecuencia, atendiendo el principio de la buena fe, singularizado también en el deber de colaboración que se espera de la partes de un contrato, así como la necesidad de integrar el negocio jurídico en el estudio del presente proceso, encuentra el Tribunal que aun cuando en el Contrato VAL 001 – 05 no se estipuló que el contratista debía encargarse de la atención de procesos tales como el de consulta previa a las comunidades vecinas al Proyecto objeto del referido contrato, es evidente que la sentencia de tutela de 16 de abril de 2013 dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena ordenó al Distrito realizar en las comunidades de Tierra Baja y Puerto Rey tal

²⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de agosto de 2016, Exp 41.783.

²⁴⁷ Folios 525 a 535, Cuaderno de Pruebas 1.

trámite con carácter imperativo, de tal manera que no era posible sustraerse a la orden librada por la autoridad jurisdiccional, lo cual se constituyó en un deber obligatorio para darle continuidad regular al proyecto.

Así las cosas, para este Panel Arbitral están probados tanto la existencia del contrato en mención como el gasto por éste generado y el pago final del valor o precio del mismo por la suma de treinta y cuatro millones quinientos sesenta y ocho mil pesos (\$34.568.000) a favor de la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -ASOCOC Mi tambó, valores que, según consta en el peritaje rendido por el perito JUAN CARLOS FRIAS MORALES, se le deberá reconocer intereses de mora a la tasa del 12% por \$10.522.568,66, para un total de \$45.090.568,66, de conformidad con los montos, cálculos y plazos contenidos en la experticia.

Si bien en lo relativo al análisis que se hace en el dictamen pericial en cuanto a los gastos no presupuestados y autorizados por el Distrito que se reconocerán en este Laudo, aquel incluye a la citada suma una indexación equivalente a \$5.724.505,58, valor que no reconocerá el Tribunal en razón a que las variables de la fórmula de indexación que utiliza el perito no son las que se aplicarán en la presente providencia, como se explicará en el aparte correspondiente.

Por otro lado, con relación al reconocimiento de las erogaciones en las que, alega el convocante, debió incurrir con ocasión de la suscripción del contrato No. 6050-01-2015 celebrado el 25 de mayo de 2015 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. y Virgilio Girado Marrugo, el Tribunal despachará de manera desfavorable dicha pretensión, de conformidad con los argumentos que se exponen a continuación:

En efecto, en el referido contrato no figura ningún tipo de refrendación o autorización por parte del Director de Valorización Distrital o de alguna otra autoridad distrital, ni para la celebración del mismo ni para el pago pactado a favor del contratista Virgilio Girado Marrugo; y tampoco aparece prueba alguna de que se haya producido ese egreso, ni de que haya sido recibido el pago de tal monto, por el señor Virgilio Girado Marrugo.

Por el contrario, figura en el expediente la prueba de que el Distrito acordó con la Constructora Montecarlo Vías S.A.S., adionar al alcance físico del Contrato de Concesión Val 001 – 05, *“la obligación del Concesionario de ejecutar obras complementarias hidráulicas en los corregimientos de Puerto Rey y Tierra Baja, y obras hidráulicas en el K2 + 150 y en el k9 + 350, según los ítems, cantidades y precios descritos a continuación:*

| ITEM | DESCRIPCION | UN | CANTIDAD | VALOR UNITA | VALOR PARCIAL |
|-------------|-------------------------|-----------|-----------------|--------------------|----------------------|
| 1 | Trazado y localización | ML | 6.026,00 | \$3.5611,00 | \$21.458.586,00 |
| 2 | Conformación de Rasante | ML | 6.592,00 | \$2.820,00 | \$18.589.440,00 |

| <i>Cunetas</i> | | | | | |
|--------------------|--|-----------|------------------|---------------------|-------------------------|
| 3 | <i>Demolición de Estructuras</i> | <i>M3</i> | <i>75,65</i> | <i>70.133,00</i> | <i>\$5.305.561,45</i> |
| 4 | <i>Relleno de Material Seleccionado</i> | <i>M3</i> | <i>1.000,00</i> | <i>\$41.013,00</i> | <i>\$41.013.000,00</i> |
| 5 | <i>Excavación en Material Seco</i> | <i>M3</i> | <i>1.000,00</i> | <i>\$20.225,00</i> | <i>\$20.225.000,00</i> |
| 6 | <i>Excavación en Material Húmedo</i> | <i>M3</i> | <i>500,00</i> | <i>\$23,400,00</i> | <i>\$11.700.000,00</i> |
| 7 | <i>Concreto para Box 3500 PSI</i> | <i>M3</i> | <i>92,40</i> | <i>\$638.231,83</i> | <i>\$58.972.621,09</i> |
| 8 | <i>Acero para Box</i> | <i>KG</i> | <i>15.386,70</i> | <i>\$4.209,00</i> | <i>\$64.762.620,30</i> |
| 9 | <i>Cunetas en Concreto 3000 PSI cm y a=0.5 m</i> | <i>ML</i> | <i>5.270,00</i> | <i>\$52.550,00</i> | <i>\$276.938.500,00</i> |
| 10 | <i>Bordillo en Concreto 3000 PSI</i> | <i>ML</i> | <i>5.270,00</i> | <i>\$32.556,00</i> | <i>\$171.570.120,00</i> |
| 11 | <i>Batea en Concreto MR42</i> | <i>M2</i> | <i>223,20</i> | <i>\$115.639,00</i> | <i>\$25.810.624,80</i> |
| COSTO TOTAL | | | | | \$716.346.073,64 |

Lo transcrito literalmente se encuentra en el “*Contrato Modificatorio No. 03 y Adicional en Obras Complementarias al Contrato de Concesión Val 01 – 05*”, celebrado el 29 de abril de 2015²⁴⁸, en el cual las partes reconocieron la necesidad de las obras que se fijaron en el objeto del mismo, así como de cumplir la ya mencionada sentencia de tutela del 16 de abril de 2013 dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena, y de actualizar los precios unitarios conforme con lo proveído en el ya mencionado Laudo Arbitral de octubre 14 de 2014, todo lo cual reza, entre otros, en los numerales 8, 9 y 13 del acápite de consideraciones previas del referido Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras.

Así mismo, en las cláusulas cuarta y quinta del mentado Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras se fijó como valor de la inversión de las obras complementarias, la suma de \$716.346.073.64, que se pagaría mediante actas parciales de avance de obra, en proporción al 25% cada una, previa aprobación por parte de la Subdirección Técnica del Departamento Administrativo de Valorización Distrital.

Además, reposan en el expediente, a folios 54 a 57, los siguientes certificados presupuestales relativos a este Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras:

²⁴⁸ Folios 49 a 53, Cuaderno de Pruebas 1.

- Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 26 de febrero 12 de 2015.
- Certificado de Registro Presupuestal No. 319 de septiembre 9 de 2015.
- Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 19 de febrero 23 de 2016.
- Certificado de Registro Presupuestal No. 72 de febrero 23 de 2016.

Siendo ello así, es claro para el Tribunal que se trata de las mismas obras hidráulicas de las que regula el contrato No. 6050-01-2015, celebrado el 25 de mayo de 2015 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. y Virgilio Girado Marrugo que ahora se analiza pues, de no ser así, habría una doble contratación para las mismas obras.

Por lo mismo, si el Distrito reconoció la pertinencia, ejecución y pago de las obras hidráulicas en tales corregimientos (Puerto Rey y Tierra Baja), como consta en el ya citado *Contrato Modificadorio No. 03 y Adicional en Obras Complementaria al Contrato de Concesión Val 01 – 05*, no puede ser procedente volver a reconocer la existencia de tal negocio jurídico mediante otro contrato ni la obligación de pago a favor de la convocante, salvo que ésta probare que tal pago no se cumplió, o que se trató de una erogación por fuera de lo previsto en el referido Contrato Modificadorio 03 y Adicional de Obras, lo cual no está demostrado en este pleito.

En efecto, al analizar el acervo probatorio, no encuentra el Tribunal probada la existencia de esa específica deuda a cargo del Distrito, pues aquella no aportó la autorización singular del concedente para la celebración del contrato No. 6050-01-2015 suscrito el 25 de mayo de 2015 con Virgilio Girado Marrugo, ni tampoco aportó la convocante prueba alguna de órdenes de pago y de recibo por la suma de ciento ochenta y tres millones cuatrocientos cuarenta y un mil cuatrocientos ochenta y un pesos (\$ 183.441.481) a favor del referido contratista Virgilio Girado Marrugo.

Pese a lo anterior, sustenta la convocante en su demanda la procedencia del reconocimiento del pago de la mencionada erogación por valor de \$183.441.481 en el hecho de que la contratación del señor Virgilio Girado Marrugo fue provocada *“por un compromiso adquirido por el DISTRITO en el marco del proceso de consulta previa, para vincular mano de obra de la comunidad, lo cual terminó resultado una erogación efectuada por el CONCESIONARIO, quien vinculó al señor GIRADO MARRUGO en representación de la comunidad”*.

Sin embargo, no se entiende por qué en la comunicación suscrita por la señora Myriam Esther Álvarez Torres en su condición de representante legal de Constructora Montecarlo Vías S.A.S., dirigida a la Alcaldía Mayor de Cartagena y al Departamento Administrativo de Valorización Distrital, por la cual la convocante solicitó la liquidación bilateral del Contrato de Concesión No. VAL 001 – 05 de septiembre 2 de 2005²⁴⁹, al referirse a las cuentas por pagar reconocidas en el Modificadorio 03 y Adicional en Obras sólo menciona la suma de \$716.346.073,64 como monto

²⁴⁹ Folios 202 a 206, Cuaderno de Pruebas 1.

total a pagar por las obras relacionadas con la Consulta Previa en las comunidades de Puerto Rey y Tierra Baja, pero omite referirse específicamente a la suma de \$183.441.481 pactada a favor del referido contratista Virgilio Girado Marrugo, con lo cual se puede inferir que la mano de obra en mención se encuentra incluida dentro de la suma de \$716.346.073,64 como monto total a pagar por las obras relacionadas con la consulta previa en las comunidades de Puerto Rey y Tierra Baja que se acordaron en el Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras.

A lo anterior se suma la evidencia de que en el Contrato No. 6050-01-2015 suscrito el 25 de mayo de 2015 no fue acompañado por la parte convocante con pruebas similares a las aportadas para el Contrato de prestación de servicios suscrito el 28 de julio de 2014 con la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -Asococ Mi tambó-, esto es, que sólo figura copia del Contrato No. 6050-01-2015, sin ningún otro anexo dirigido a probar el pago al subcontratista Girado Marrugo, salvo su anexo, denominado "TABLA DE CONDICIONES CONTRACTUALES", fechado 09-Abr-07 (Ver folio 572 del expediente), lo cual, por cierto, hace más oscura aún la solicitud de reconocimiento de pago formulada en la quinta pretensión declarativa propuesta en su demanda por la convocante, por cuanto en dicho Anexo se puede apreciar que todos sus ítems corresponden a ítems idénticos en cuanto a la unidad de medida (UN) y en la cantidad, que los asentados en cuerpo del Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras según los ítems, cantidades y precios descritos en el cuadro que en este laudo se ha tenido a bien transcribir literalmente en este mismo acápite.

Para más señas, nótese la identidad total entre lo pactado en el Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras y el referido Contrato No. 6050-01-2015, salvo en los valores unitarios y parciales, de los ítems denominados como "Demolición de estructuras", "Relleno con material seleccionado", "excavación en material seco", "Excavación en material húmedo", "Concreto para BOX 3500 Psi", "Acero para BOX", "Cunetas en concreto 3000 Psi e=15 cm y a=0.5 m", "Bordillo en concreto 3000 PSI" y "Batea en concreto MR42".

Por lo mismo, hay lugar a cuestionar la procedencia del reconocimiento de pago de la erogación que se reclama en la quinta pretensión declarativa formulada en su demanda por la convocante, pues se entiende que se contrató la mano de obra de la comunidad sujeto de la consulta previa, conforme con la literalidad del Contrato Modificatorio 03 y Adicional de Obras.

Como queda claro, complejo resulta dilucidar si la mano de obra contratada mediante el Contrato No. 6050-01-2015 que se analiza ahora quedó o no incluida o si tal subcontratación deviene directamente o no de lo pactado en el Contrato Modificatorio 03 y Adicional en Obras, pues, en principio, salta a la vista que el Contrato No. 6050-01-2015 contiene o se refiere a ítems que figuran en el referido Modificatorio 03 y Adicional en Obras ya mencionado, por lo que, aunado ello a la deficiencia de material probatorio expuesta en el presente acápite, este Tribunal habrá de

denegar las pretensiones bajo estudio en lo atinente al reconocimiento de las erogaciones en las que, alega el convocante, debió incurrir con ocasión de la suscripción del contrato No. 6050-01-2015, celebrado el 25 de mayo de 2015, entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. y Virgilio Girado Marrugo.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal accederá parcialmente a las pretensiones quinta declarativa y cuarta de condena, así:

- En cuanto al Contrato de prestación de servicios suscrito el 28 de julio de 2014 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -ASOCOC Mi Tambó-, para los efectos de la actualización del valor que por este proveído se reconoce a favor de la convocante, y a cargo del Distrito de Cartagena de Indias, se considerará el dictamen pericial rendido por el Perito Contador Juan Carlos Frías Morales, de conformidad con el cual asiste en cabeza de la entidad convocante la obligación de compensar la suma de \$45.090.568,66 y así se dispondrá en la parte resolutive del laudo.
- En cuanto al Contrato No. 6050-01-2015, celebrado el 25 de mayo de 2015 entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. y Virgilio Girado Marrugo, se negará esta petición por lo ya considerado.

3.3. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.

De conformidad con lo expresado en el acápite 3.2.1. del presente laudo arbitral referido al estudio de la “*PRIMERA PRETENSIÓN DECLARATIVA*” y una vez estudiadas todas las excepciones, pretensiones y pruebas recaudadas, el tribunal se ocupará de la liquidación del Contrato de Concesión VAL 001-05 celebrado entre las partes convocante y convocada el 5 de septiembre de 2005, que dispondrá en la parte resolutive, así:

DATOS GENERALES DEL CONTRATO

CONTRATO No.: VAL 001 – 05 de septiembre 2 de 2005

MODALIDAD: Contrato de Concesión.

CONTRATISTA: Consorcio Vial Cartagena, cedido a Constructora Montecarlo Vías S.A.S., hoy GAM Construcciones S.A.S.

CONTRATANTE:

Distrito de Cartagena de Indias D.T. y C.

OBJETO:

“Otorgar a EL CONCESIONARIO, la concesión para que realice los estudios y diseños definitivos, la construcción de las obras durante el período de concesión del Proyecto denominado “Obra Pública Con Diseño Del Contratista Para La Construcción De La Vía Transversal Que Une El Anillo Vial O Ruta 90ª, Con La Cordialidad, Partiendo De La Intersección Del Anillo Vial Con La Vía Manzanillo Del Mar Hasta La Intersección Con La Cordialidad, Y La Vía De Penetración Desde El Anillo Vial Pasando Por Tierra Baja Y El Mejoramiento Desde Tierra Baja Hasta La Intersección Con Esta Transversal”, el cual incluye la elaboración de diseños de la vía según las especificaciones técnicas; construcción de la vía; la financiación del proyecto, los costos de administración de los diseños y estudios llevados a cabo por el Departamento Administrativo de Valorización y financieros durante el plazo para la recuperación de la inversión y demás aspectos que se derivan de un contrato de esta naturaleza y ofrecidos por el CONCESIONARIO.”

VALOR INICIAL:

\$14.672.380.322

AJUSTES:

+ Ajuste realizado en el numeral 15 de la parte resolutive del Laudo de 14 de octubre de 2014, por valor de \$3.333.596.348, para un total de

FECHA DE SUSCRIPCIÓN:

2 de septiembre 2005.

ACTA DE INICIO:

28 de septiembre de 2005.

**ACTA DE ENTREGA Y RECIBO
DEFINITIVO DE LA OBRA:**

30 de octubre de 2015.

PLAZO EJECUCIÓN:

66 meses

Etapa de Programación: 6 meses.

Etapa de Construcción: 12 meses

Etapa de Concesión: 60 meses

20 de febrero de 2007.

MODIFICATORIO N° 01:

Modifica Clausula 2°, ampliando el término establecido para la Etapa de Programación, de 6 a 9 meses.

26 de junio de 2008.

MODIFICATORIO N° 01 (sic):

Modificó el objeto del contrato, por el siguiente: **“EL CONCESIONARIO se obliga a ejecutar por el sistema de concesión, el proyecto denominado *“CONSTRUCCIÓN DE LA VÍA TRANSVERSAL QUE UNE EL ANILLO VIAL O RUTA 90ª, CON LA CORDIALIDAD, partiendo de la intersección del anillo vial con la vía manzanillo del mar hasta la intersección con la cordialidad, y la vía de penetración desde el anillo vial pasando por tierra baja hasta el punto de intersección con la calle de acceso al pueblo”.***

12 de julio de 2013.

CONTRATO ADICIONAL N° 01:

Adicionó la obligación a cargo del contratista de ejecutar obras complementarias hidráulicas en los corregimientos de Puerto Rey y Tierra Baja, y en el k2+150 y en el k9+350; para lo cual aumentó el plazo en 3 meses y determinó la suma de \$1.347.123.081,77, para la realización de las obras.

Dicho contrato fue terminado y liquidado de mutuo acuerdo entre las partes mediante acta de enero de 2014, por no poder darse inicio a la ejecución, por lo que no hay obligaciones pendientes entre las partes.

26 de marzo de 2014.

CONTRATO ADICIONAL N° 02: Adiciona el plazo de ejecución en 5 meses y 9 días calendario
12 de diciembre de 2014.

CONTRATO ADICIONAL N° 03: Adiciona el plazo de ejecución en 4 meses y 6 días
29 de abril de 2015.
Modifica la cláusula 19 del contrato y adiciona la obligación a cargo del contratista de ejecutar obras complementarias

CONTRATO MODIFICATORIO N° 03 Y ADICIONAL EN OBRAS COMPLEMENTARIAS: hidráulicas en los corregimientos de Puerto Rey y Tierra Baja, y en el k2+150 y en el k9+350 (plazos, valor, forma de pago, imputaciones presupuestales, garantías, perfeccionamiento y ejecución), por valor de \$716.346.073.64 y un plazo de 3 meses para la ejecución de las obras complementarias.

SUSPENSIONES A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

| | |
|---------------------------------|---------------------------|
| ACTA DE SUSPENSIÓN N° 1: | 3 de octubre de 2005. |
| ACTA DE REINICIO N° 1: | 21 de febrero de 2006. |
| ACTA DE SUSPENSIÓN N° 2: | 19 de mayo de 2006. |
| ACTA DE REINICIO N° 2: | 05 de septiembre de 2006. |
| ACTA DE SUSPENSIÓN N° 3: | 20 de septiembre de 2006. |
| ACTA DE REINICIO N° 3: | 15 de diciembre de 2006. |
| ACTA DE SUSPENSIÓN N° 4: | 15 de agosto de 2007. |
| ACTA DE REINICIO N° 4: | 15 de octubre de 2007. |
| ACTA DE SUSPENSIÓN N° 5: | 16 de diciembre de 2007. |
| ACTA DE REINICIO N° 5: | 05 de noviembre de 2011. |

INICIO DE ETAPA DE CONSTRUCCIÓN 06 de diciembre de 2011.

ACTA DE SUSPENSIÓN N° 1 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: 16 de diciembre de 2011.

PRÓRROGA DEL TÉRMINO DE SUSPENSIÓN ACTA N° 1 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: 17 de enero de 2012.

ACTA DE REINICIO N° 1 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: 17 de enero de 2013.

ACTA DE SUSPENSIÓN N° 2 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: 15 de septiembre de 2013.

ACTA DE REINICIO N° 2 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: 26 de marzo de 2014.

VALOR TOTAL EJECUTADO POR EL CONTRATISTA

ETAPAS DEL CONTRATO:

ETAPA DE PROGRAMACIÓN: De 5 de octubre de 2005 a 6 de diciembre de 2011.

ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: De 6 de diciembre de 2011 a 30 de octubre de 2015.

ETAPA DE RECAUDO: De 13 de julio de 2010 a 13 de julio de 2015.

CONCLUSIONES DE LAS SUMAS ADEUDADAS AL CONVOCANTE.

De conformidad con las consideraciones del presente Laudo, se encuentra debidamente probado que el DISTRITO adeuda a GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. las siguientes sumas de dinero, que habrán de reconocerse en la parte resolutiva:

| | |
|---|---------------------------|
| Valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada (cartera insoluta). | \$4.138.174.283,52 |
| Disminuciones individuales de la contribución por valorización, superiores al 0,5%: | \$746.624.368,86 |
| Celebración del contrato de prestación de servicios suscrito entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el 28 de julio de 2014: | \$45.090.568,66 |
| TOTAL | \$4.930.388.721,04 |

Las sumas aquí reconocidas, dando aplicación a las reglas contenidas en los artículos 4.8 y 5.1 de la Ley 80 de 1993 que reconocen el derecho del contratista de recibir el valor intrínseco de la remuneración que le corresponde, y en concordancia con ello la consagración de la actualización de precios, se actualizarán desde la fecha de presentación de la demanda arbitral y hasta la fecha de proferirse el presente laudo, teniendo como índice inicial el del mes de julio de 2017, y como índice final el del mes de septiembre de 2018, así:

$$\text{Vr actualizado} = \text{Histórico} \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$$

Valor histórico: \$4.930.388.721.04 a 3 de agosto de 2017

Índice inicial: Julio 2017 = 137.99

Índice final: Septiembre 2018 = 142.50

Valor actualizado: \$4.931.878.765.32

El Tribunal aclara que, como antes indicó, actualiza el valor de la condena por así disponerlo las normas citadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en concordancia con los artículos 206 del Código General del Proceso y el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y se toma como índice inicial la fecha de presentación de la demanda por razón de que en aplicación de la

normatividad procesal civil, el juramento estimatorio es prueba de su monto, especialmente ante la ausencia de objeción por la parte demandada.

Así las cosas, el Tribunal dará por liquidado el Contrato de Concesión VAL 01-05 celebrado el 02 de septiembre de 2005 entre el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y el CONSORCIO VIAL CARTAGENA, de conformidad con lo pretendido en la demanda, la anuencia de la demandada, el concepto de la Procuraduría Delegada y lo probado en este proceso, conforme lo analizado en este laudo.

CAPITULO CUARTO

4. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO.

4.1. COSTAS PROCESALES

Como lo ordenan los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso en concordancia con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, habrá lugar a costas cuando aparezca en el expediente que aquellas se causaron y en la medida de su comprobación y que *“están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”*, por haber sido vencido en juicio el Tribunal condenará en costas al DISTRITO DE CARTAGENA de acuerdo con aquellas causadas en este proceso

En el auto N°07 (Acta N°05) de 16 de abril de 2018, de acuerdo con la Ley 1563 de 2012, el Tribunal Arbitral fijó la suma de dinero para cancelar los honorarios y gastos administrativos de la Cámara de Comercio y demás gastos para su funcionamiento en la suma de cuatrocientos doce millones ochocientos siete mil novecientos pesos con ochenta y un centavos (\$412.807.905,81) incluyendo quince millones de pesos (\$15.000.000,00) para otros gastos, suma a la que se llegó de conformidad con los cálculos realizados en la parte considerativa de dicha providencia; además, se dispuso que la suma decretada se incrementaba en lo corresponda a la aplicación del IVA del diecinueve por ciento (19%) conforme al régimen tributario de los destinatarios de los dineros, sumas que debían cancelar las partes procesales en un cincuenta por ciento (50%) del total, cada una de aquellas.

Mediante correo electrónico del 27 de abril de 2018, la apoderada de la parte convocante informó a la Secretaria del Tribunal que el mismo día, dentro del término legal correspondiente, depositó en la cuenta bancaria dispuesta por el Presidente del Tribunal el valor correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de las sumas fijadas por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de administración, IVA y otros a su cargo.

Posteriormente, teniendo en cuenta que el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS no consignó las sumas fijadas por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de administración y otros a su cargo dentro del término legal, mediante correo electrónico de 2 de mayo de 2018, la apoderada de la convocante, informó a la Secretaria del Tribunal que el mismo día, dentro del término legal correspondiente, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. consignó en la cuenta enunciada en el párrafo anterior, el valor correspondiente al otro cincuenta por ciento (50%) de las sumas fijadas por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de administración y otros a su cargo.

Como en el expediente no consta que el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS haya pagado o restituido a GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., ni que ésta haya solicitado al Tribunal certificación de ello, de lo que le correspondía como gastos y costos de funcionamiento del tribunal de arbitramento, en la parte resolutive de esta providencia se condenará al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a reembolsar a GAM CONSTRUCCIONES S.A.S., el cincuenta por ciento (50%) de las sumas pagadas por dicha sociedad por dichos conceptos, esto es, la suma de doscientos seis millones cuatrocientos tres mil novecientos cincuenta y dos pesos con novecientos cinco centavos (\$206.403.952,905) más el IVA respectivo del 19% pagado a los árbitros, secretaria y Cámara de Comercio de Cartagena.

Igualmente, se le condenará al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la convocante GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. el otro cincuenta por ciento (50%) que aquella pagó por similar concepto.

Se aclara que de la suma entregada por la parte demandante como otros gastos que el Presidente del Tribunal deberá devolver cuando efectúe la liquidación del proceso, el Distrito podrá compensar de la condena, los valores correspondientes a tales conceptos si no se hubieren causado.

Así mismo, concluye el Tribunal que en cuanto a las agencias en derecho, entendidas como los gastos derivados de la defensa judicial de quien resulta ganador en un determinado litigio, dadas las particularidades de este proceso, la absoluta falta de temeridad de las partes, por ser de única instancia y haber prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda, se fijarán conforme los lineamientos del Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura N°PSAA-10554 de fecha 5 de agosto del 2016 en relación con la tarifa de los procesos declarativos de única instancia, en una suma equivalente al cinco (5%) del valor de las pretensiones, la cual en este proceso, según lo precisado en el Auto N°07 (Acta N°05), asciende a la suma de SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS (\$6.630.131.763,45), correspondiendo entonces las agencias en derecho a la suma de \$331.506.588,17.

CAPÍTULO QUINTO

DECISIONES DEL TRIBUNAL

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRASE liquidado el Contrato de Concesión VAL 001 - 05 celebrado el 02 de septiembre del año 2005 entre el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y el CONSORCIO VIAL CARTAGENA (GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) en los términos y consideraciones indicadas en la parte motiva de este laudo arbitral.

SEGUNDO: DENIÉGASE la excepción denominada *"Incumplimiento del contrato en cuanto al agotamiento de mecanismos en forma ágil, rápida, y directa de sus diferencias relativos a la conciliación, a la amigable composición y a la transacción"*, en los términos y consideraciones indicadas en la parte motiva de este laudo arbitral.

TERCERO: DENIÉGASE la excepción denominada *"Falta de pruebas de los sobrecostos y perjuicios ocasionados durante la ejecución del contrato de concesión VAL 01-05 imputables al Distrito de Cartagena de indias"*, en los términos y consideraciones indicadas en la parte motiva de este laudo arbitral.

CUARTO: DENIÉGASE la excepción denominada *"Imposibilidad de Reclamar Incumplimientos en Aspectos no Consignados Expresamente en el acta de terminación"*, en los términos y consideraciones indicadas en la parte motiva de este laudo arbitral.

QUINTO: DECLÁRASE a favor de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada (cartera insoluta), por incumplimiento de lo establecido en el literal e) de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión VAL 001-05, por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLÁRASE a favor de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el valor equivalente a los errores de riego de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto, por incumplimiento de lo establecido en la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión VAL 001-05, referente a la *"Garantía de ingreso por valorización"*, por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: DECLÁRASE a favor de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. y en contra del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el saldo equivalente a los gastos no presupuestados y autorizados por el DISTRITO para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia en lo referente al "Contrato de prestación de servicios suscrito entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el 28 de julio de 2014", por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: DENIÉGASE la pretensión PRIMERA declarativa y la pretensión de condena consecuencial al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE VALORIZACIÓN DISTRITAL y a favor de GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. de pagar suma alguna equivalente al material seleccionado utilizado para la construcción de la corona de terraplén, por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: CONDÉNASE al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. la suma de CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$4.273.424.417.72), por *“valor pendiente de recaudar por concepto de la contribución por valorización decretada (cartera insoluta)”*, valores que incluyen *“los intereses de financiación y moratorios causados desde la finalización de la Etapa de Recaudo, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%), y una tasa de interés moratorio”* equivalente al 12% y la indexación, por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO: CONDÉNASE al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a SETECIENTOS SETENTA Y UN MILLONES VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS (\$771.026.687.17), por concepto de *“errores de EL CONCEDENTE que implicaron disminuciones individuales de la contribución por valorización superiores al 0.5% causadas por la reducción en las liquidaciones efectuadas a los propietarios resultado de deficiencias en la factorización, áreas o inclusión de predios en la zona de influencia del proyecto”*, valores que incluyen *“los intereses de financiación y moratorios causados desde la expedición de los actos administrativos que declaran los errores de riego o fecha de la sentencia judicial que declaró el error, calculados a una tasa de interés de financiación equivalente al DTF más el seis por ciento (6%), y una tasa de interés moratorio”* equivalente al 12% y la indexación, por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO PRIMERO: CONDÉNASE al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS (\$46.564.287.51) por concepto de *“gastos no presupuestados y autorizados por el DISTRITO para el cumplimiento de funciones inherentes a su competencia” “Contrato de prestación de servicios suscrito entre Constructora Montecarlo Vías S.A.S. (hoy, GAM CONSTRUCCIONES S.A.S.) y la Asociación de Consejos Comunitarios del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el 28 de julio de 2014”*, valores que incluyen *“los intereses moratorios causados desde la causación del respectivo gasto, a una tasa de interés moratorio”* equivalente al 12% la indexación, y por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO SEGUNDO: CONDÉNASE al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. la suma de cuatrocientos doce millones ochocientos siete mil novecientos pesos con ochenta y un centavos (\$412.807.905,81) por concepto del cien por ciento (100%) de los gastos de funcionamiento y honorarios del Tribunal de Arbitramento ordenados más IVA del diecinueve (19%) sobre gastos de Cámara de Comercio y honorarios para un total de cuatrocientos noventa y un millón doscientos cuarenta y un mil cuatrocientos siete pesos (\$491.241.407,00), por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO TERCERO: CONDÉNASE al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad GAM CONSTRUCCIONES S.A.S. por concepto de agencias en derecho de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de este Laudo la suma de cuatrocientos sesenta y cuatro millones ciento nueve mil doscientos veintitrés pesos con cuarenta y cuatro centavos

(\$464.109.223,44), por las razones y en los estrictos términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO CUARTO: ORDÉNASE que el pago de las sumas reconocidas en el Laudo Arbitral, sean canceladas en los términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DÉCIMO QUINTO: DISPÓNGASE el pago de la contribución especial arbitral establecida en la ley 1743 de 2014, la entrega a los Árbitros y Secretaria del cincuenta por ciento (50%) de los honorarios restantes y por la Presidencia del Tribunal efectúese la liquidación del proceso realizando la restitución de los saldos en el evento de que a ello hubiere lugar, conforme lo ordena el artículo 28 de la ley 1563 de 2012, y lo dispuesto en la parte considerativa, después de la ejecutoria del laudo.

DÉCIMO SEXTO: EXPÍDANSE, por secretaria, copias auténticas del presente Laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, el Ministerio Público, y para el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena.

DÉCIMA SÉPTIMO: ORDÉNASE la devolución de expediente para su archivo, al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, una vez esté ejecutoriado este laudo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILSON TONCEL GAVIRIA

Presidente

MARÍA PATRICIA PORRAS MENDOZA

Árbitro

NICOLÁS PAREJA BERMÚDEZ

Árbitro