

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

FUNDACION PARA LA EDUCACION SUPERIOR (o FES SOCIAL)

Vs.

**FINANCIERA FES S.A. COMPAÑÍA DE FINACIAMIENTO
COMERCIAL**

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 1º de noviembre de 2002

Cumplidas las etapas procesales previstas en las normas que regulan el proceso arbitral, procede el Tribunal a decidir el conflicto planteado en las pretensiones de la demanda inicial y de su reforma, en las excepciones de mérito formuladas a ellas, en las pretensiones de la demanda de reconvenición, así como en las excepciones formuladas a ella, profiriendo para ello el correspondiente laudo arbitral.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1. Solicitud de convocatoria del Tribunal de arbitramento

El 29 de noviembre del año 2000, la Fundación para la Educación Superior FES Social, por intermedio de apoderado judicial presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali una solicitud-demanda de convocación e integración de un Tribunal de

Arbitramento con el fin de que se definieran las diferencias suscitadas entre su representada y la Financiera FES S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, como consecuencia del contrato de cesión total de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimientos de comercio, incluyendo las contingencias activas y pasivas reflejadas en las correspondientes cuentas de orden, el cual celebraron las mencionadas sociedades o entidades (folios 001 a 078 Y 079 a 089 del cuaderno principal del expediente).

2. El pacto arbitral

En la cláusula DECIMA SEGUNDA-GENERALIDADES, numeral 2, del documento privado de fecha 28 de junio de 1999, adicionado el 29 del mismo mes y año (folios 087 a 089 del cuaderno principal), la Fundación para la Educación Superior FES Social y Financiera Estelar S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, estipularon una cláusula compromisoria, cuyo texto y alcance es del siguiente tenor:

"CLAUSULA DECIMA SEGUNDA -GENERALIDADES

(...)

2. Arbitramento: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación e interpretación, que no pueda ser resuelta por acuerdo mutuo de las partes, se resolverá por el Tribunal de Arbitramento. El arbitraje será conducido y resuelto finalmente por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo por las partes y de no ser posible, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a que una de las partes comunique a la otra su solicitud de hacer uso de esta cláusula, se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali vigentes para la fecha de suscripción del presente convenio. Todos los procedimientos de arbitraje realizados conforme al presente

convenio se efectuarán en la ciudad de Cali. Cualquier decisión, sentencia o laudo arbitral que emane del arbitraje serán en derecho y obligante para FES y ESTELAR".

3. la etapa prearbitral

3.1. Trámite Inicial.

Tras la presentación de la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento por parte de la Fundación para la Educación Superior FES Social. El Centro de Conciliación y Arbitraje en providencia de fecha 1^o de diciembre del año 2000 (folio 116 del cuaderno principal), procedió a admitirla, y notificarla oportunamente al Presidente de la Financiera Estelar S.A. Compañía de Financiamiento Comercial (folio 126 frente del cuaderno principal).

La Financiera FES S.A. Compañía de Financiamiento Comercial dio contestación a la demanda a través de apoderado. Igualmente, mediante escrito radicado el 5 de febrero de 2001, presentó demanda de reconvención, la cual fue admitida por medio de providencia de 8 de febrero de 2001.

Posteriormente, el apoderado de la Fundación para la Educación Superior FES Social procedió a dar contestación a la demanda de reconvención, se opuso a la prosperidad de las excepciones de mérito formuladas, y pidió así mismo la práctica de algunas pruebas (folios 053 a 060 del cuaderno segundo del expediente).

El apoderado de la Fundación para la Educación Superior FES Social. El 1^o de junio de 2001 radicó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje un escrito mediante el cual reformó la demanda principal. La reforma a la

demanda fue admitida por el Tribunal de Arbitramento mediante providencia de fecha 12 de julio de 2001.

Finalmente, el apoderado de Financiera FES S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, mediante escrito radicado el 9 de agosto de 2001 ante el Centro de Conciliación y Arbitraje dio contestación a la reforma de la demanda.

A continuación, la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 121 de la ley 446 de 1998, convocó a las partes a audiencia de conciliación, y ordenó la notificación a éstas de la providencia que ordenó dicha convocatoria (folios 173, 174, 175, 176, 177 y 178 del cuaderno principal). Mediante telegramas de marzo 13 del año 2001, la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, notificó que el miércoles 28 de marzo del año 2001, a las 9:00 a.m., se realizaría en la Sala No. 2 de dicho Centro la audiencia de conciliación prevista en el numeral 2 del artículo 121 de la ley 446 de 1998, en ella, después de un intercambio de opiniones quedó clara la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre la controversia.

3.2. Nombramiento de los Árbitros

De conformidad con lo pactado en la cláusula compromisoria mencionada, las partes en escritos de 19 y 26 de abril del año 2001 (folios 181, 182 Y 183 del cuaderno principal), de común acuerdo, designaron como árbitros a los doctores Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Luís Alfonso Mora Tejado y Hugo Palacios Mejía, quienes aceptaron el nombramiento (folios 188 frente, 189, 190, 191, 192 del cuaderno principal).

3.3. Instalación del Tribunal

La fecha para celebrar la audiencia de instalación del Tribunal la fijó la Dirección del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de

Comercio de Cali, para el día cinco (5) de junio del año dos mil uno (2001) (folios 204 a 210 del mismo cuaderno principal). En dicha fecha se llevó a cabo la mencionada audiencia (acta No. 1, folios 004 a 009 del cuaderno principal) durante la cual el Tribunal, por auto No. 01 de 5 de junio del mismo año, determinó que el lugar de su funcionamiento y el de la Secretaría serían las dependencias o instalaciones del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. Situadas en la Calle 8 # 3-14, Piso 4, de la misma ciudad, y designó como presidente al doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero y como secretario al doctor Simón Payán Moreno.

Igualmente, el Tribunal reconoció personería a los apoderados de las partes, fijó las sumas dinerarias por concepto de gastos de administración, de funcionamiento, así como las concernientes a honorarios de los árbitros y el secretario del tribunal (folios 006 a 009 del acta No. 1 del 5 de junio de 2001).

3.4. Sumas a Cargo de las Partes

Según se mencionó antes, en la audiencia de instalación el Tribunal fijó las sumas necesarias para sufragar los gastos de funcionamiento. Todas esas sumas fueron sufragadas por la parte convocada.

4. El trámite arbitral

4.1. Primera Audiencia de Trámite

El día 12 de julio del año 2001 se dio inició la primera audiencia de trámite, la cual fue suspendida y reanudada el jueves 2 de agosto de 2001. Entre el 12 de julio de 2001 Y el 1^o de agosto del mismo año, el proceso fue suspendido por solicitud expresa de las partes.

El 2 de agosto, de 2001, el Tribunal continuó la primera audiencia de trámite. En ella se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias o diferencias planteados en lo demanda principal, en su contestación, en lo demanda de reconvención, en la contestación a la demanda de reconvención, y en lo reforma a la demanda principal y en su contestación (Auto No. 2)

Contra la anterior providencia el apoderado de la Financiera FES S.A. - Compañía de Financiamiento Comercial interpuso recurso de reposición encaminado a que "se modifique parcialmente el auto y se excluya la competencia del Tribunal exclusivamente en lo relativo a las pretensiones que están fundadas en objeto ilícito".

El tribunal por medio de auto de fecho también del 2 de agosto de 2001 (Acta No. 3) decidió no revocar el auto impugnado y suspender la primera audiencia de tramite.

4.2. Las Pretensiones de la Demanda

La convocante, Fundación para lo Educación Superior (FES SOCIAL) en su solicitud -demanda de fecha 29 de noviembre de 2000 (folios 055 a 056 del cuaderno principal) formuló al Tribunal de Arbitramento las siguientes pretensiones:

- a) "Que como consecuencia de los hechos relatados y la cláusula compromisoria pactada entre las partes, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, proceda a la conformación e instalación de un Tribunal de Arbitraje, nombrado de común acuerdo por las partes o en subsidio por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, constituido por tres (3) abogados titulados, a fin de que resuelva en derecho la controversia y diferencias que se debaten en el presente proceso.

- b) "Que el Tribunal de Arbitraje, constituido en legal forma y con el respeto al principio constitucional del "debido proceso", LAUDE en derecho, con efecto de cosa juzgada SOBRE LAS SIGUIENTES O SIMILARES PRETENSIONES.
- c) "Que declare que LA FINANCIERA ESTELAR S.A. hoy FINANCIERA FES S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL, de las condiciones civiles de que se ha dado cuenta en este libelo, incumplió el contrato celebrado el 28 de junio de 1999, por medio del cual LA FUNDACION FES cedió todos los activos, pasivos, establecimientos de comercio incluyendo las contingencias activas y pasivas, por cuanto no cumplió con lo estipulado en la cláusula quinta que ordenaba realizar la debida diligencia con una firma de reconocido prestigio para determinar el valor de la cesión.
- d) "Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a pagar a la sociedad demandada, Financiera FES, y a título de indemnización y por concepto de daño emergente, el valor del patrimonio de la Fundación FES, tomado del balance cortado a 31 de mayo de 1999, por la suma de \$ 42.086.579.000.00
- e) "Que sobre la suma determinada como daño emergente, se condene a la Financiera FES a pagar a la Fundación FES Social, como lucro cesante, intereses corrientes señalados por el mercado financiero desde la fecha de incumplimiento del contrato 30 de junio de 1999 hasta la fecha de ejecutoria del laudo, estos intereses se calculan, hasta la fecha de presentación de esta demanda, en la suma de \$ 12.386.080.000.
- f) "Que se condene a pagar a la demandada por concepto de daños morales, con el fin de recuperar la imagen de la institución y con destino a los beneficiarios de los programas sociales, las sumas que se debían entregar desde junio 30 de 1,999 hasta que cancele totalmente el valor del daño emergente. A la fecha de presentación de

esta demanda, se calculan los daños morales con efectos sociales, en la suma de \$ 6.372.986.000, suma equivalente a las donaciones que entregaba la Fundación y que fueron suspendidas desde julio de 1999.

- g) "Que a partir de la fecha de ejecutoria del 'laudo, se condene a la Financiera FES a' pagar a la Fundación FES, intereses de mora a la máxima tasa señalada por las autoridades correspondientes, sobre las sumas señaladas como lucro cesante, daño emergente y daños morales, hasta la fecha en que se produzca el pago final.
- h) "Que se condene a la Financiera FES a pagar los costos, gastos procesales y honorarios de abogado."

4.3. Las Pretensiones de la Reforma de la Demanda

En la reforma a la demanda inicial se formularon las siguientes pretensiones principales:

- a) "Que se declare que el contrato celebrado entre la FUNDACIÓN FES y la FINANCIERA ESTELAR S.A. hoy FINANCIERA FES S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL el 29 de junio de 1999, por medio del cual se cedieron los activos, pasivos, contratos y establecimientos de comercio, incluyendo las contingencias activas y pasivas es ABSOLUTAMENTE NULO por vicio en el consentimiento de la parte convocante y por contener objeto ilícito.
- b) "Que, como consecuencia del anterior pronunciamiento, se condene a la FINANCIERA FES S.A. a restituir todas las cosas comprendidas en la cesión junto con todos sus frutos civiles y comerciales que le fueron entregadas por virtud del contrato cuya nulidad se invoca.
- c) "Que si no es posible la, restitución de todos los bienes junto con sus frutos, se condene a la FINANCIERA FES a pagar a la FUNDACIÓN FES el valor de los activos, representados en la cuenta por cobrar que

aparece en los estados financieros de la FUNDACIÓN a 30 junio de 1999, por la suma \$ 33.161.955.000.

- d) "Que se condene a la convocada al pago de la suma anteriormente señalada ajustada a los índices de inflación que señala el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DAN E. teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor-IPC.
- e) "Que sobre la suma indexada se condene a la FINANCIERA FES al pago de intereses moratorios, a la máxima tasa señalada por las autoridades competentes, desde la fecha en que se ejecutorie el laudo correspondiente y hasta el pago total de la obligación.
- f) "Que se condene a la FINANCIERA FES a pagar a la FUNDACIÓN FES los perjuicios morales y sociales que se lleguen a probar en este proceso.
- g) "Que se imponga a la convocada el pago de las costas y honorarios de este proceso arbitral"

Adicionalmente formularon 'en ella las siguientes primeras pretensiones subsidiarias:

"Que se declare que el contrato al cual se refiere la demanda es RELATIVAMENTE NULO.

- a) "Que, como consecuencia del anterior pronunciamiento, se condene a las FINANCIERA FES S.A. a restituir todos las cosas comprendidas en la cesión junto con todos sus frutos civiles y comerciales que le fueron entregadas por virtud del contrato cuya nulidad se invoca.
- b) "Que si no es posible la restitución de todos los bienes junto con sus frutos, se condene a la FINANCIERA FES al pagar a la FUNDACIÓN FES el valor de los activos, representados en la cuenta por cobrar que

aparece en los estados financieros de la FUNDACIÓN a 30 de junio de 1.999, por la suma de \$33.161.955.000

- c) "Que se condene a la convocada al pago de la suma anteriormente señalada ajustada a los índices de inflación que señala el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor-IPC.
- d) "Que sobre la suma indexada se condene a la FINANCIERA FES al pago de intereses moratorias, a la máxima tasa señalada por las autoridades competentes, desde la fecha en que se ejecutorie el laudo correspondiente y hasta el pago total de la obligación.
- e) "Que se condene a la FINANCIERA FES o pagar a la FUNDACIÓN FES los perjuicios morales y sociales que se lleguen a probar en este proceso.
- f) "Que se imponga a la convocada el pago de las costas y honorarios de este proceso arbitral."

Como segundas pretensiones subsidiarias se solicitó el reconocimiento de las siguientes:

"Que en el evento en que se tenga por válido el contrato celebrado entre la FUNDACIÓN FES y la FINANCIERA ESTELAR S.A., hoy FINANCIERA FES S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL, el 29 de junio de 1999, por Medio del cual se cedieron los activos, pasivos, contratos y establecimientos de comercio, incluyendo las contingencias activas y pasivas.

- a) "Que se declare que la debida diligencia para valorar los activos y pasivos cedidos por la FUNDACION FES a la FINANCIERA ESTELAR S.A., no se cumplió con todos los términos, condiciones y alcances señalados en la cláusula quinta del citado contrato.

- b) "Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la FINANCIERA ESTELAR S.A. hoy FINANCIERA FES a pagar el valor de los perjuicios derivados de lo que se expresa en el literal anterior consistentes en el valor de los activos, pasivos, contratos, establecimientos de comercio y contingencias activas al valor señalado en el balance cortado a 30 de junio de 1999, por la suma de \$ 33.161.955.000 o la que resulte probada en este proceso arbitral.
- c) "Que se condene a la convocada al pago de la suma señalada debidamente indexada conforme a los índices de inflación que señale el DANE, teniendo en cuenta el IPC.
- d) "Que sobre la suma indexada se condene a la FINANCIERA FES al pago de los intereses moratorios a la máxima tasa señalada por las Autoridades competentes desde la fecha en que se ejecutorie el laudo correspondiente y hasta el pago total de la obligación.
- e) "Que se condene a la FINANCIERA FES a pagar el monto de los perjuicios morales y sociales que se lleguen a probar en este proceso.
- f) "Que se imponga a la convocada el pago de las costas y honorarios de este arbitraje."

4.4. Los Hechos de la Demanda Inicial y de su Reforma

Las súplicas de la demanda inicial, así como las de la reforma a la misma, las sustentó in *extenso* la convocante en los hechos distinguidos con los números 3.1 al 3.65 de la demanda inicial (folios 004 a 051 del cuaderno principal) y 3.60 al 3.76 de la reforma a la demanda inicial. Es de advertir, que la misma convocante modificó los hechos del libelo principal, a partir de los señalados con los números 3.60 al 3.76, tal como consta en los folios 001 a 011 del cuaderno 2 del expediente.

4.5. La Contestación a la Demanda Inicial, a su Reforma y Excepciones formuladas.

Notificada legalmente la convocada 'Financiera FES S.A. Compañía de, Financiamiento Comercial, tanto del contenido de la decisión admisorio de la demanda arbitral proferida por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, como de la providencia por medio de la cual el tribunal admitió la reforma a la demanda. procedió a contestar, primero la demanda, y posteriormente la reforma a la misma; en ambos casos, pronunciándose sobre los hechos (folios 030 a 052 del cuaderno 2 del expediente); solicitando la práctica de pruebas y formulando las siguientes excepciones, a las que denominó: debida ejecución de las prestaciones a que se refiere la Cláusula Quinta del Contrato de Cesión, lo pretendido como resarcimiento del supuesto daño no tiene relación de causalidad con "el valor real de la cesión", existencia de verificaciones y valoraciones económicas suficientes y confiables para establecer el "valor real de la cesión", irrespeto al debido proceso y cuentas pendientes, hechos imputables a terceros o a autoridad competente, sometiendo al Tribunal de materias no arbitrales y, existencia de orden de autoridad competente que no ha sido observada por la FUNDACION.

4.6. la Demanda de Reconvención y sus Pretensiones

En el término de traslado de la demanda principal, el apoderado de la sociedad convocada Financiera FES S.A. Compañía de Financiamiento Comercial formuló demanda de reconvención contra la convocante, Fundación para la Educación Superior FES Social, la cual apoyó en los hechos distinguidos con los números 1 a 30 visibles a los folios 001 a 012 del cuaderno 3 del expediente.

Como pretensiones formuló las siguientes:

- a) "Que se declare que la **DEBIDA DILIGENCIA** a que se refiere la Cláusula Quinta del Contrato. de Cesión suscrito el 28 de junio de

1999 entre la **FUNDACIÓN PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR FES SOCIAL** y la **FINANCIERA ESTELAR S.A.**, ahora **FINANCIERA FES S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL**, sí se efectuó.

b) "Que se declare que como consecuencia de esa debida diligencia se determinó el valor real de la cesión del contrato a que se refiere la primera pretensión.

c) "Que se declare que como consecuencia de una visita de la Superintendencia Bancaria a la **FINANCIERA FES S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL**, la cual culminó el 17 de septiembre de 1999, o en la fecha que se establezca, la **FINANCIERA FES** tuvo que efectuar unos determinados ajustes, provisiones y contabilizaciones que afectan los bienes objeto del contrato de cesión a que se refiere la primera pretensión, en la forma y cuantías que se demostrarán en el proceso.

d) "Que se declare que con base en los resultados de la visita de la Superintendencia Bancaria a que se refiere la tercera pretensión anterior, esta misma entidad de inspección y vigilancia le ordenó a la **FINANCIERA FES** "la devolución a la Fundación FES de los activos, pasivos y contratos que por su naturaleza, origen de los recursos y destinación no formaban parte del patrimonio" de la Financiera FES, cuyas cifras y características están definidos en el citado documento, tal y como lo expresa la doctora Sara Ordóñez Noriega en comunicación del 24 de septiembre de 1999 dirigida al representante de la **FINANCIERA FES**.

e) "Que se declare que para ejecutar lo anterior, la Superintendencia Bancaria, en la misma comunicación referida en la pretensión anterior, le ordenó a la **FINANCIERA FES S.A.** adelantar los trámites necesarios para una devolución de bienes, con el fin de dar cumplimiento a la instrucción impartida, lo que se cumplió por la **FINANCIERA FES S.A.**, especialmente mediante el negocio jurídico

suscrito el día 26 de noviembre de 1999 por la parte demandante y la parte demandada, rotulado textualmente "ACTA DE ENTREGA SUSCRITA ENTRE IA FUNDACIÓN PARA IA EDUCACIÓN SUPERIOR FES y FINANCIERA FES S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL".

f) "Que se declare que tanto el "contrato de cesión" del 28 de junio de 1999, como el "Acta de entrega" del 26 de noviembre de 1999, así como cualquiera otra devolución que con fundamento en el primero de estos negocios jurídicos hubiere efectuado la **FINANCIERA FES S.A.** (antes Financiera Estelar S.A.) a la **FUNDACIÓN FES** no tuvieron causa comercial o lucrativa, sino que se hicieron en cumplimiento y ejecución de órdenes e instrucciones de los órganos de control e inspección de la actividad financiera, especialmente de la Superintendencia Bancaria y de FOGAFIN, con fundamento en las normas pertinentes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

g) "Que como consecuencia de las devoluciones o retro-cesiones efectuadas por la **FINANCIERA FES S.A.** a la **FUNDACIÓN PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR FES SOCIAL**, y una vez realizadas las cuentas y verificaciones que se solicitan dentro de este proceso, se declare que la primera se encuentra a Paz y Salvo respecto de la segunda por razón de aquellas devoluciones o retrocesiones, o debe devolver un remanente de bienes por el monto, de la naturaleza (muebles e inmuebles) y en las Proporciones (muebles e inmuebles) que se establezcan en este proceso.

h) "Que se condene en costas a la parte reconvenida."

4.7. Pruebas

4.7.1. Pruebas Solicitadas por la convocante en la Demanda Inicial y su Reforma. la Fundación para la Educación Superior (FES Social), por intermedio de su apoderado, solicitó como pruebas documentales las determinadas en los números 7.1.1, 7.1.2, 7.1.3, 7.1.4, 7.1.5, 7.1.6, 7.1.7, 7.1.8, 7.1.9 y 7.1.10 del capítulo VII PRUEBAS de la demanda

inicial (folios 057 y 058 del cuaderno principal). Posteriormente, con la reforma a la demanda inicial, solicitó como pruebas documentales las enunciadas en el capítulo IX- PRUEBAS, numerales 9.1.1 9.1.2. 9.1.3. 9.1.4. 9.1.5. 9.1.6. 9.1.7. 9.1.8. 9.1.9. 9.1.10 Y 9.1.11 (folios 020. 021 Y 022 del cuaderno 2 del expediente).

Igualmente, solicitó, tanto en la demanda inicial, como en la reforma a la demanda inicial, la práctica de las inspecciones judiciales que se indican en los números 7.2.1. 7.2.2 Y 7.2.3., (folios 058 y 060 del cuaderno principal) y 9.2.1.9.2.2 Y 9.2.3 (folios 021 y 022 del cuaderno 2) respectivamente.

También en la demanda inicial y en la reforma a aquella, el apoderado de la convocante solicitó la recepción de los testimonios de las personas que se indican en los literales a) a h) del numeral 7.3. y a) a h) del numeral 9.3, de la de manda y de su reforma respectivamente.

De igual manera, solicitó al Tribunal decretar la declaración por medio de certificación, en los términos del artículo 222 del Código de Procedimiento Civil, a los servidores públicos que se mencionan en el numeral 7.4, de la demanda y 9.4, de la reforma a la demanda inicial.

Finalmente, tanto en la demanda inicial, como en el escrito de reforma. la convocante solicitó la declaración de parte del Representante Legal de Financiera FES S.A. Compañía de Financiamiento Comercial (folios 062 del cuaderno principal y 024 del cuaderno 2) respectivamente.

4.7.2. Pruebas Solicitadas por la convocada en la Contestación a la Demanda. La convocada. Financiera FES S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, solicitó que se decretara la declaración de parte del Representante Legal de la convocante, Fundación para la Educación Superior FES Social.

Además, invocó como pruebas las solicitadas con ocasión de la demanda de reconvención presentada.

4.7.3. Pruebas solicitadas en la Demanda de Reconvención. En la demanda de reconvención se solicitó la práctica de las pruebas indicadas en el capítulo IV, a saber: **a)** La Declaración de parte del Representante Legal de la Fundación para la Educación Superior FES Social; **b)** La recepción de los testimonios de los señores Francisco Arbeláez y Wilson Giraldo; **e)** Una Inspección Judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos profesionales en operaciones financieras, banca de inversión y contabilidad financiera a la Fundación para la Educación Superior FES Social; **d)** Un Dictamen pericia I de expertos en operaciones financieras, banca de inversión, y contabilidad financiera; **e)** Los documentos que se enuncian en el acápite 5.1, números 1 a 18; **f)** El envío de los oficios a que hacen referencia los números 1 y 2 del acápite 5.2. y, **g)** Las pruebas que se decreten y practiquen como consecuencia de la demanda arbitral de la FUNDACIÓN FES en la que se articula la demanda de reconvención.

4.7.4. Pruebas Solicitadas en la Contestación a la Demanda de Reconvención. Fueron solicitados como pruebas: Una inspección judicial a la Financiera FES S.A. Compañía de Financiamiento Comercial; la recepción de los testimonios de Mario Ernesto Calero Buendía, Jorge Castellanos, Miguel Ángel Bedoya, Mauricio Cabrera y Oscar Darío Morales, y el envío de un oficio a la Superintendencia Bancaria solicitándole los documentos señalados con las letras a), b), c), d), y e) (folios 043, 044 Y 045 del cuaderno 3 del expediente).

4.7.5. Pruebas Decretadas y Practicadas por el Tribunal. El 11 de octubre de 2001, antes de terminar la primera audiencia de trámite (acta No. 4, folios 051 a 058 del cuaderno 6), el Tribunal abrió a pruebas el presente proceso arbitral y procedió a su práctica, así:

El 29 de octubre de 2001, el Tribunal recibió en audiencia el testimonio de la doctora Zaida Pava Capacho, cuya grabación se realizó en casete,

y su correspondiente versión se reprodujo por escrito y aparece en los folios 017 a 031 del cuaderno de pruebas No. 11.

El 30 de octubre del mismo año 2001, el Tribunal llevo a cabo la Inspección judicial con exhibición de documentos al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras de que trata el acá pite VII literal a) del auto No. 04 del 11 de octubre de 2001, según consta en el acta No. 6. Durante el transcurso de la diligencia los apoderados de las partes informaron al Tribunal que documentos se consideraba necesario aportar al expediente. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, mediante oficio DJU 9633 del 22 de noviembre del año 2001 remitió al Tribunal quince (15) carpetas que contienen los documentos solicitados por las partes.

El mismo 30 de octubre de 2001. el Tribunal llevó a cabo la Inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas de la Superintendencia Bancaria tal como da cuenta el literal b) acá pite VII del auto de pruebas No. 04 del 11 de octubre de 2001 según consta en el acta No. 7. Durante el transcurso de la diligencia el apoderado de la Financiera FES S.A. Compañía de Financiamiento Comercial solicitó la recepción del testimonio del señor Edgar Perilla Amortegui. a lo cual accedió el Tribunal. La recepción del testimonio se llevó a cabo el día 20 de noviembre de 2001. También. Durante el transcurso de la diligencia los apoderados de las partes informaron al Tribunal que documentos se consideraba necesario aportar al expediente, la Superintendencia Bancaria remitió al Tribunal dichos documentos por medio de oficio de fecha 16 de noviembre de 2001, documentación que consta de 382 folios y que obra en el expediente.

El día 8 de noviembre de 2001(Acta No.8), el Tribunal recibió en audiencia la declaración de parte de los señores Jorge Enrique Silva Herrera y Julio Carlos Vergara Vergara, con el carácter de Presidente de Financiera FES S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, el primero de los nombrados; y el segundo, en calidad de representante legal

suplente de la Fundación Antonio Restrepo Barco, la que a su vez representa legalmente a la Fundación para la Educación Superior (FES SOCIAL).

En la misma fecha (acta No. 8 del cuaderno 6): se llevó a cabo la recepción de los testimonios de los señores Gabriel Mauricio Cabrera Galvis, Miguel Londoño Barona, (Acta No. 8), folios 041 0094,095 al 116 del cuaderno 11 del expediente.

La recepción de los testimonio de los señores José Ricardo Caicedo Peña, Oscar Rojas Rentería, Antonio de Roux Rengifo y Oscar Dono Morales Rivera, se llevó a cabo el día 9 de noviembre (Acta No. 9 del cuaderno 6) y las transcripciones correspondientes obran a folios 144 al 170, 117 a 128, 187 01210 Y 171 01186 del cuaderno 11 del expediente.

El 15 de noviembre de 2001 el Tribunal recibió en audiencia los testimonios de los señores Miguel Ángel Bedoya Grajo les, Mano Ernesto Calero Buendía, Wilson Giralda Yague y Francisco Alberto Arbeláez Hurtado. Las transcripciones correspondientes obran en el cuaderno 11, folios 234 al 264; 275 al 290 y 304 01315.

El 16 del mismo mes y año, tal como consta en el Acta No. 11 que obra a folios 123 a 128 del cuaderno 6, el Tribunal practicó la prueba de exhibición de documentos en la sede de Financiera FES S.A. Compañía de Financiamiento Comercial.

El 19 de noviembre de 2001 el Tribunal posesionó a los peritos Guillermo Alberto Orozco Hormaza, Horacio Ayala Vela y Eduardo Jiménez Ramírez (acta No. 12 folios 129, 130 y 131).

El 19 de noviembre de 2001, el Tribunal' recibió en audiencia el testimonio de Jorge Castellanos Rueda, tal como consta en el Acta No. 12, que obra a folios 132 a 134 del cuaderno 6 del expediente, y cuya transcripción figura en los folios 316 al 357 del cuaderno 11.

El 20 de noviembre de 2001 el tribunal recibió en audiencia el testimonio de la señora Sara Ordóñez Noriega, tal como consta en el Acta No. 13, (la respectiva transcripción obra a folios 211 a 233 del cuaderno 11.

El dictamen pericial decretado y rendido por peritos contadores, fue presentado al Tribunal el día 28 de febrero de 2002 y fue complementado el 8 de mayo del mismo año.

El dictamen pericia I decretado y rendido por peritos financieros, fue presentado al tribunal el 15 de marzo de 2002 y fue aclarado el 31 de mayo del mismo año.

Las partes, de común acuerdo, desistieron de la exhibición de documentos por parte de la Fundación para la Educación Superior-FES, lo mismo que de la declaración del doctor Juan Camilo Restrepo (Actas Nos. 10 y 13, respectivamente)

5. El término de duración del proceso arbitral

Teniendo en cuenta que las partes no previeron un término especial de duración del proceso arbitral, el mismo Tribunal en el numeral 7 de la parte resolutive del auto No. 02, proferido el 12 de julio de 2001, determinó que él sería de seis (6) meses, los cuales se computaría desde la fecha de terminación de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de eventuales prórrogas, interrupciones o suspensiones. (Acta No. 2, folios 014 a 031 del cuaderno de actas), diligencia que finalizó el 11 de octubre de 2001. En tales circunstancias el proceso se extinguiría el 11 de abril de 2002.

Sin embargo el veinte (20) de noviembre de 2001 el Tribunal de arbitramento suspendió este proceso. a solicitud de ambas partes, desde el miércoles 21 de noviembre de 2001 hasta el miércoles 30 de enero de 2002, inclusive. El proceso arbitral se reanudó el jueves 31 de enero de 2002.

El 31 de enero de 2002, a petición de ambas partes, el Tribunal decreta una segunda suspensión del proceso, la cual comienza el viernes 1 de febrero de 2002 y dura hasta el viernes 15 del mismo mes y año, tal como consta en el ordinal 5 de la parte resolutive del auto No. 08 del 31 de enero del año 2002.

El sábado 16 de febrero de 2002 se reanuda nuevamente el trámite del proceso arbitral y la vigencia del término de duración llega hasta el jueves 27 de junio de 2002, a la hora de las 6:00 p.m. Por petición de las partes se suspende por tercera vez el término de duración del proceso arbitral. a partir del viernes 28 de junio de 2002 hasta el lunes 12 de agosto del mismo año, inclusive.

El proceso arbitral se reanuda el martes 13 de agosto de 2002, a las 8 a.m. tal como consta en auto No. 14 de fecha 13 de agosto de 2002; visible a folios 259 y 260 del cuaderno de actas. No hay constancia en el expediente de ninguna otra suspensión acaecida con posterioridad al 11 de octubre del año 2001, fecha de terminación de la primera audiencia de trámite, diferente de las que se han determinado en los numerales anteriores.

Después de la reanudación del proceso el día 13 de agosto de 2002 (auto No. 14 de la misma fecha), y por solicitud de los apoderados de ambas partes, el Tribunal en auto No. 16 de fecha 20 de agosto de 2002 (folios 275, acta No. 14 del cuaderno No. 6) prorrogó el término de duración del proceso arbitral hasta el miércoles 20 de noviembre de 2002.

6. Presupuestos procesales

Este Tribunal de Arbitramento es competente para decidir en concreto la totalidad del conflicto planteado en la demanda principal y en el escrito de reforma presentados por la convocante, y el planteado en el escrito de

contestación a dicha demanda por la sociedad convocada. También lo es para decidir las pretensiones de la demanda de reconvención y de su contestación.

Por otra parte, la convocante y la convocada gozan de plena capacidad para ser partes, por cuanto son sujetos de derechos, y, por ende, tienen capacidad procesal para comparecer como tales al presente proceso (artículo 44 del C.P.C.).

La demanda es formalmente admisible, por reunir los requisitos que exigen los artículos 75, 76 Y 77 del Código de Procedimiento Civil. El trámite dado al presente proceso arbitral es el previsto en las normas especiales que regulan el arbitramento nacional (Ley 446 de 1998 y Decreto 1818 del mismo año).

Además, tal como también se señala en el Auto No. 20 de esta misma fecha, para el Tribunal es evidente que ni de las pretensiones de las partes, ni del contrato que le dio origen al proceso, ni de la cláusula compromisoria que se estipuló en aquel, ni de la naturaleza de la situación jurídica que aquí se ha debatido, se infiere que haya otras personas a las que hubiera debido citarse a este juicio en razón haber sido partes del contrato, o causahabientes de las partes, de tal modo que este laudo pudiera generar para ellas efectos de cosa juzgada.

CAPÍTULO SEGUNDO

ALEGACIONES DE LAS PARTES

En audiencia celebrada el 4 de octubre de 2002, las partes presentaron sus alegaciones en forma oral y de ellas allegaron sendos resúmenes escritos, el cual fue incorporado al expediente.

CAPÍTULO TERCERO

CONSIDERACIONES DEI TRIBUNAL

1. Algunas consideraciones introductorias

En la medida en que el presente juicio arbitral tiene como base la cláusula compromisoria que la Fundación para la Educación Superior - FES - y la Financiera Estelar S.A. pactaron en el "Contrato de Cesión Total de Activos, Pasivos, Contratos y Enajenación de Establecimiento de Comercio" que celebraron el 28 de junio de 1999, y en que las pretensiones recíprocas de las partes del proceso se refieren específicamente a la formación del consentimiento en dicho contrato, al modo como él se ejecutó, o a algunos de sus efectos, para el Tribunal es indudable que se trata de un litigio de índole contractual, y solo de un litigio de índole contractual.

He ahí la primera premisa del presente laudo. Una premisa que, en función de las consideraciones básicas que acaban de hacerse, muy probablemente sería superflua en otros casos, pero por la que en este se ha estimado necesario comenzar, habida cuenta de ciertas circunstancias exógenos que, de un modo u otro han gravitado y gravitan sobre él, y de algunos planteamientos que repetidamente ha formulado el señor apoderado de la parte demandante.

Ello es cierto a punto tal, que más de dos terceras partes de los hechos que relata la demanda inicial versan sobre la historia general de la Fundación FES desde su creación en 1964, sobre las curiosas peculiaridades que desde un comienzo caracterizaron su entidad y su identidad jurídicas, sobre la forma como ella realizó sus actividades a lo largo de más de tres décadas, sobre las múltiples y admirables tareas de promoción y desarrollo social de variada índole que ciertamente cumplió durante ese tiempo, sobre los delicados problemas financieros particulares, tanto coyunturales como estructurales- que crecientemente comenzó a enfrentar a partir de 1995, sobre lo que fue la muy grave crisis que en general afectó al sistema financiero del país en 1998 y 1999 Y

sobre la forma como ella afectó individualmente a la Fundación FES.

Adicionalmente, otro apreciable número de los restantes hechos de la demanda se ocupó a espacio de la descripción y la crítica de la política, las estrategias y los mecanismos de diversa índole con los que el Gobierno se dio a la tarea de enfrentar y superar la crisis y, en el caso concreto de la Fundación FES, del detalle del largo proceso que se cumplió entre sus directivos y las autoridades gubernamentales competentes a partir del 30 de noviembre de 1998, en la búsqueda de vías de solución a la muy difícil situación de tesorería que ella había venido afrontando.

Al margen de si todos ellos son o no ciertos íntegramente o de si lo son solo en parte o en cierto grado, o con determinados matices más o menos relevantes, y más allá de si llegaron a probarse o no plenamente en el curso del presente proceso, o si, como ocurre con algunos, se trata de "hechos notorios" que no requieren demostración, o si, en el caso de algunos del tipo de los que gozan de la gabela procesal de una presunción, no requerían una demostración explícita, para el Tribunal es claro que ellos escapan al preciso ámbito de los pronunciamientos y las decisiones que le incumben.

La razón es muy sencilla y, en el fondo, no es más que un corolario de la premisa que atrás se dejó sentada. Porque si, como se señaló, el marco estricto de su tarea está definido por la cláusula compromisario mencionada y por las pretensiones que, ambas como actoras y ambas como demandadas, las partes formularon en sus "libelos petitorios, la materia sujeta a dilucidación por parte de este Tribunal se reduce única y exclusivamente al tema del contrato mencionado y al de sus consecuencias.

En efecto, si se vuelve sobre el detalle de los textos respectivos, se ve cómo ellos no pueden ser más elocuentes. El de la cláusula compromisario cuando un tanto lacónica mente, pero con lapidario claridad, señala que los asuntos que habrán de ser objeto del

arbitramento son "toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación e interpretación, que no pueda ser resuelta por acuerdo mutuo de las partes" (el subrayado es del Tribunal). El de las pretensiones de la Fundación FES (19 en total. incluyendo principales y subsidiarias), cuando, con elocuente especificidad, dice relación a la nulidad absoluta del contrato "por vicio en el consentimiento y por contener un objeto ilícito", o a su nulidad relativa, o a que él no se cumplió en debida forma, y, en cualquiera de estos casos y a unas condenas derivadas. Y el de las de la demanda de reconvención (8 en total), no menos concreto, cuando se refiere íntegramente a circunstancias relativas a la ejecución del contrato y a algunos efectos de las mismas.

Así pues, ni por razón del objeto de la cláusula compromisoria, ni por la del petitum de la demanda y de la demanda de reconvención -que en el derecho colombiano constituyen la única posible fuente de definición en concreto de su radio de acción-, le sería dable a este Tribunal adentrarse en el examen de aspectos distintos de los puramente, contractuales a los que se contraen la una y las otras. Y desde luego, menos aún le sería dable hacer cualquier tipo de juicio de valor por fuera de ese preciso territorio.

Pero es que, además, es de la esencia 'misma del arbitraje, como instituto procesal de carácter eminentemente excepcional que es, que por su intermedio solo puedan ser materia de juzgamiento por uno o más particulares, transitoriamente investidos de la función jurisdiccional del Estado, los asuntos puntuales que las partes de 'un conflicto real o potencial señalan en una cláusula compromisoria o en un compromiso, según el caso. Y no puede ser de otra forma, ya que, lógicamente, esa investidura transitoria de la función jurisdiccional que la Constitución autoriza que las partes hagan en cabeza de unos particulares, conlleva lo que se ha dado en llamar una correlativa "derogación de jurisdicción", es

1 Hernando Morales Molino, "Curso de Derecho Procesal Civil" - Parte General. (undécima edición. Editorial ABC. Bogotá, 1991. pág. 60)

decir la sustracción de una porción de la competencia jurisdiccional general que en principio les está atribuida a los jueces ordinarios. Por ende, dado su carácter excepcional, una tal sustracción exige ser, por definición, específica, taxativa y precisa.

Por otro lado, adicional mente debe tenerse en cuenta que varios de los hechos sobre los que discurren la demanda, su corrección y el alegato de conclusión de la parte demandante, se refieren a actuaciones que cumplieron y a decisiones que adoptaron distintos funcionarios, dependencias y entidades estatales con ocasión del proceso de búsqueda de una solución para la crisis financiera del país, de que atrás se habló, y en particular para la que afectó a la Fundación FES a partir de los últimos meses de 1998. Es el caso, por ejemplo, del papel que, con mayor o nivel de protagonismo, jugaron a lo largo de un proceso -que fue ciertamente largo y complejo- el Gobierno Nacional, el Ministerio de Hacienda, el Departamento Nacional de Planeación, el Banco de la República, la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Es decir, en suma, versan sobre las tareas que realizaron una serie de autoridades administrativas propiamente tales, en el sentido al que se refiere el artículo la del Código Contencioso Administrativo. y, por lo mismo, versan, por supuesto, sobre las diversas instrucciones u órdenes que ellas emitieron, y sobre las determinaciones que tomaron. Ahora bien, como quiera que esas instituciones, órdenes y determinaciones fueron en todo caso -al menos a primera vista- claras expresiones del ejercicio de las funciones administrativas que de acuerdo con la ley son propias de cada una de aquellas, resulta evidente entonces que se trató de verdaderos actos administrativos.

Y si ello es así -como lo confirma además el hecho de que en el expediente no hay el menor asomo de afirmación que siquiera lo ponga en duda-, no es menos evidente entonces, que en relación con esos puntos específicas hay una gruesa razón adicional para que este Tribunal

no pueda hacer ningún pronunciamiento sobre apartes de la demanda o de su corrección que, aún sin haber sido parte del núcleo sustancial de las pretensiones, tocan con esas órdenes, con esas instrucciones y con esas decisiones.

En conclusión, tal como atrás se señaló, tanto por razón del ámbito que definió la cláusula compromisoria y que luego precisaron la demanda, su escrito de corrección y el libelo de reconvención, como por la de las reglas constitucionales y legales que definen la extensión de la competencia de los tribunales de arbitramento, y por la de las que los inhiben de ocuparse de temas tocantes con la juridicidad o la antijuridicidad de los actos administrativos, el presente laudo solo se ocupará del juzgamiento de asuntos de índole puramente contractual vinculados con el contrato celebrado el 28 de junio de 1999.

Por lo tanto, no habrá de referirse a las tareas cumplidas por la Fundación FES durante más de treinta años de existencia; ni a las circunstancias generales o particulares de sus acreedores o de quienes invirtieron en ella; ni a la crisis financiera que afectó al país en los últimos años de la pasada década; ni a los efectos que ella acarreó sobre la situación patrimonial y de tesorería de la Fundación FES; ni a las gestiones que la propia Fundación FES y diversas autoridades gubernamentales cumplieron en pos de su superación; ni -sobre todo- a la oportunidad, la pertinencia o la bondad de las medidas que estas adoptaron o dispusieron con tal propósito.

Ello, empero, no significa decir, ni mucho menos, que el Tribunal considere que se trata de asuntos que carecen de toda relación con los puntos sobre los que le compete pronunciarse, o que, aún teniéndola, ellos son en todo caso irrelevantes para estos. Porque en el capítulo siguiente, y en general a lo largo del laudo, se verá cómo ese vasto conjunto de hechos, circunstancias y antecedentes constituyen el telón de fondo de este proceso. Y cómo, a pesar del señalado carácter específico de éste, ellos sirven para explicarlo, para entenderlo y para ubicarlo en el contexto que le corresponde. Sobre todo, y en primer término, para la necesaria conceptualización jurídica del que las partes

denominaron "Contrato de Cesión Total de Activos, Pasivos y Contratos y Enajenación de Establecimiento de Comercio, Incluyendo las Contingencias Activas y Pasivas reflejadas en las correspondientes Cuentas de Orden celebrado entre la Fundación para la Educación Superior FES y Financiera Estelar S.A. Compañía de Financiamiento Comercial".

2. El contrato

Sobre la calidad de verdadero contrato que tiene el documento que la Fundación para la Educación Superior - FES y la Financiera Estelar S.A. suscribieron el 28 de junio de 1999, no hay ninguna duda. Con todo y sus antecedentes, el sui géneris proceso de su formación y algunas características ciertamente singulares, así lo han reconocido desde un comienzo, y luego lo reiteraron expresamente en sus alegatos de conclusión, los señores apoderados de las partes, y así lo entiende el Tribunal.

A no dudarlo, las estipulaciones que las partes -dos compañías de financia miento comercial, y por ende dos comerciantes propiamente tales, en los términos del artículo 10° del Código de Comercio- determinaron en él, corresponden plenamente con la precisa categoría jurídica que define el artículo 864 ibídem, cuando señala que "[e]l contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, ...".

Por donde han estado, más bien, algunas de las discrepancias entre las partes, ha sido por el lado de la especie a la que él pertenece dentro del género contractual y, en consecuencia, por el del sentido y el alcance que corresponde darles a sus cláusulas.

Mientras el señor apoderado de la Fundación FES es de la tesis de que se trata de un "contrato mercantil de compraventa", el señor apoderado de la Financiera FES sostiene que se trata de un contrato de cesión, "subproducto de nuestro Derecho Concursal Financiero".

A juicio de aquel, las notas características fundamentales de esa convención encuadran exactamente en la definición que de la compraventa mercantil hace el artículo 905 del Código de Comercio como el "contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero", y consistieron en la "transmisión de la propiedad" que la Fundación FES le hizo a la Financiera Estelar, del total de sus "activos, pasivos, contingencias, etc., reportados en su balance a 31 de mayo de 1999", Y en el precio que acordaron para ella en la cláusula quinta del contrato.

En opinión de éste, en cambio, "el contrato de cesión que existió entre la convocante y la convocada ... de lo que se trataba era de un contrato necesario o forzoso, destinado a ejecutar la etapa final de un complejo procedimiento concursal de carácter preventivo de la liquidación forzosa administrativa, escenario en el que habría tenido que entrar la Fundación FES S.A. de haber llegado a la cesación de pagos, situación que todos querían evitar o precaver".

Si bien el Tribunal tiene claro que, como sabiamente lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia desde 1929, "la calificación que los contratantes den a un contrato, motivo de litigio, no fija definitivamente su carácter jurídico "2, es, al propio tiempo, del parecer de que, en cada caso, el desentrañamiento de ese carácter o naturaleza jurídica de un contrato debe comenzar precisamente en la calificación que le hayan dado los contratantes.

2ª Sentencia del 9 de septiembre de 1929 (G.J. XXXVII, 128)

En primer lugar, porque esa calificación -especialmente si, como en el presente caso, ella se repite reiteradamente a lo largo del documento- no puede simplemente tenerse a priori por gratuita o por inocuo, como si con ella nada hubiera querido decirse.

Pero desde luego que así como la denominación dada por las partes debe ser el comienzo de la dilucidación tipológico del contrato, solo puede ser eso: el comienzo. Porque en materia jurídica es verdad de Perogrullo que lo que en último término define una convención es su objeto principal; son sus características básicas; son las obligaciones mutuas que en ella pactan; son las condiciones que a ellas se les señalan.

Por consiguiente, el segundo paso del análisis de un contrato consiste en contrastar esa denominación bajo la que está contenido con su clausulado general, a fin de establecer si hay o no una plena concordancia entre aquella y lo fundamental de éste.

El tercero es el de confrontar el continente y el contenido del contrato, o en otras palabras, lo que él dice sobre sí mismo, con la amplia clasificación de categorías contractuales que el derecho ha venido creando, completando y perfeccionando con los siglos, de la cual dan cuenta la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

En el caso que ocupa a este Tribunal, los contratantes bautizaron el que celebraron el 28 de junio de 1999 como un "Contrato de Cesión Total de Activos, Pasivos y Contratos y Enajenación de Establecimiento de Comercio, Incluyendo las Contingencias Activas y Pasivas reflejadas en las correspondientes Cuentas de Orden".

Luego, en las "Consideraciones" con' las que decidieron encabezarlo, explicaron que de lo que se trataba era de que, como parte del proceso de búsqueda de soluciones para superar "las dificultades por las cuales atraviesan las instituciones financieras del país, las cuales se han traducido en deterioro de la cartera, falta de crecimiento de la misma,

deficientes resultados financieros y una relación de solvencia inadecuada, se han impartido instrucciones a FES para que lleve a cabo una reorganización consistente en la separación de la actividad social y financiera en dos entidades independientes, la actual Fundación que continuará con la primera y una Compañía de Financiamiento Comercial que bajo la modalidad de sociedad anónima cumpla la intermediación financiera."

Y precisaron a continuación que "[p]ara lograr lo anterior y de acuerdo con las instrucciones iniciales de la Superintendencia 'Bancaria y de Fogafin el Consejo Asamblea Extraordinario de la FES en su reunión del 17 de junio de 1999 determinó aprobar el traslado de parte de los activos, pasivos y contratos de FES a Estelar, entidad esta que fue adquirida por la Fundación Fes en febrero del presente año y donde posee cerca del 94% de las acciones en circulación ... El Consejo Asamblea determinó que la FES en la propuesta se reserva algunos activos para poder atender la actividad fundacional y en especial las obligaciones existentes derivadas de dicha actividad."

En la cláusula primera, de definición de términos, dijeron, en lo pertinente, que "'Transferencia o cesión', como, sustantivo incluye cualquier transferencia, venta, cesión, permuta o cualquier disposición voluntaria de los activos, pasivos y contratos"; que "'Transferir o ceder', como verbo, significan transferir, vender, ceder y disponer de los activos, pasivos y contratos", y que "'Cesión de Activos, Pasivos y Contratos', significa, en este documento, el procedimiento definido en el Régimen Financiero y Cambiario" .

En la cláusula segunda, relativa al objeto del contrato, precisaron que él consistía en "establecer los principios generales así como las condiciones bajo las cuales Estelar adquiere y FES cede la totalidad de los activos, pasivos y contratos, incluyendo el establecimiento de comercio y las contingencias activas y pasivas reflejadas en las correspondientes cuentas de orden de FES, excluidas las acciones de Financiera Estelar S.A."

En la cláusula tercera, que sin duda constituye el núcleo del negocio jurídico en cuestión, bajo el nombre de 'Cesión', puntualizaron que "por medio del presente contrato FES en la fecha cede a Estelar, quien adquiere la totalidad de los activos, pasivos y contratos y el establecimiento de comercio incluyendo las contingencias activas y pasivas reflejadas en las correspondientes cuentas de orden, existentes a la fecha de firma de este documento y los cuales aparecen indicados en los balances cortados a 31 de mayo de 1999".

Y en la cláusula quinta, relativa a la determinación del precio, bajo el nombre de 'Debida Diligencia' estipularon que " dentro de los 30 días siguientes a la firma de este documento se deberá realizar una DEBIDA DILIGENCIA por parte de una firma de reconocido prestigio designada por los organismos oficiales correspondientes, sobre la totalidad de los activos, pasivos, contratos y establecimientos de comercio ... [etc.] que se ceden a favor de Estelar, para determinar el valor real de la cesión. Si como resultado de esta DEBIDA DILIGENCIA llegase a existir un saldo a favor de FES, las partes contratantes determinarán la forma y el mecanismo para efectuar la compensación económica correspondiente." Así pues, si los términos que las partes emplearon en el título del contrato son coincidentes con los que luego utilizaron en el cuerpo del mismo, y si el sentido de los mismos es unívoco en este y en aquel, al menos en principio nada permite pensar en una contradicción.

Por otra parte, si además de esa coincidencia, en el texto de la convención se observa de principio a fin la consistente y sistemática reiteración de los vocablos "ceder" y "cesión" cada vez que en él se hace alusión a la materia del contrato, para el Tribunal no cabe duda de que en ellos o en torno de ellos ha de hallarse el quid de este.

Porque, en suma, si al contrato se lo llamó de cesión, y si el verbo principal empleado para definir su objeto fue el verbo ceder, es, por supuesto, a partir de esos términos que debe adelantarse la indagación sobre la especie jurídica de la que forma parte.

En el lenguaje corriente, y en su primera acepción, el Diccionario de la Lengua Española define la palabra "ceder" diciendo que significa "dar. Transferir, traspasar a alguien una cosa, acción o derecho"³.

En el lenguaje jurídico, el Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escribe define la "cesión" como "la renuncia que uno hace de una cosa a favor de otra persona". Y la "cesión de acciones" como "el traspaso de un derecho a favor de otro; o bien, un contrato por el cual uno transfiere a otro el crédito, derecho o acción que tiene contra un tercero. No debe confundirse la cesión con la renuncia; esta no lleva consigo sino " el desprendimiento de un derecho, bastando para ello la voluntad del renunciante, y aquella, además del desprendimiento, comprende la transmisión del derecho a otra persona, debiendo concurrir la voluntad del cedente y la del cesionario. "4.

Por modo entonces que si la cesión significa, esencialmente, el traspaso de derechos y obligaciones, de todo o parte de su patrimonio, que una persona hace en favor de otra, tiene pleno sentido que esa haya sido la categoría en la que FES y Estelar encuadraron su negocio jurídico ya que, como ellas mismas lo consignaron expresamente en las consideraciones preliminares, de lo que se trataba era, precisamente, de "trasladar" de aquella a esta, parte de sus activos, sus pasivos y sus contratos, de modo de escindir el manejo de las actividades sociales y de las actividades financieras que tradicionalmente se habían cumplido unificadamente en cabeza de la primera,

Ahora bien si, como lo señala Escribe, para que la cesión sea tal y no una mera renuncia se requiere, además de que quien cede se desprenda

³ Real Academia Española (vigésima segunda edición. Madrid. 2001)

⁴ Joaquín Escribe. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". (Editorial Temis Bogotá 1977 Tomo II pag.98)

de la titularidad sobre el derecho o la obligación que va a transmitir, que el sujeto pasivo de la cesión consienta en ella, resulta evidente que la forma normal de la cesión es el contrato.

En el derecho colombiano, la ley no define propiamente el concepto de cesión, pero regula de modo específico distintos tipos particulares de esta categoría jurídica. Concretamente, en relación con el tema que ocupa a este Tribunal, la Parte Tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que contiene "Normas relativas al funcionamiento del Sistema Financiero", se ocupa en el Capítulo V a la "Cesión de activos, pasivos y contratos", para efectos de autorizar expresamente que, con excepción de los intermediarios de seguros, ella pueda llevarse a cabo por las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, siempre que se cumplan determinadas condiciones.

Y más adelante, en el Capítulo XX que establece una serie de "Institutos de salvamento y protección de la confianza pública" vuelve sobre ella, en el numeral 4° del artículo 113, para decir que "[l]a cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos, así como la enajenación de establecimientos de comercio a otra institución es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria promover la cesión de activos, pasivos y contratos, así como la enajenación de establecimientos de comercio."

Así las cosas, aparte de que, conceptualmente hablando, la figura de la cesión tiene, de vieja data, entidad conceptual propia dentro de nuestro ordenamiento legal, el tipo particular de la llamada "cesión total de activos, pasivos y contratos" es, no solo uno de los negocios jurídicos que expresamente les están autorizados por la ley a las entidades financieras, sino, de modo muy particular, uno de aquellos cuya celebración puede ser impuesta forzada mente por el Estado en

determinadas circunstancias, como forma de evitar o superar una toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios. Que fue precisamente lo que ocurrió en el caso de autos.

Por ende, para el Tribunal está claro que el negocio jurídico que FES y Estelar celebraron el 28 de junio de 1999, en cumplimiento de las instrucciones que les impartió la Superintendencia Bancaria, corresponde exactamente con la categoría contractual nominado de la cesión de activos, pasivos y contratos -propia del moderno derecho financiero- a la que se refieren los artículos 68 y 113, numeral 4° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993).

Y en consecuencia, no. puede confundirse con el contrato de compraventa o refundirse en él, ya que, aunque ambos tienen elementos comunes, estos no son más que un reflejo de que la compraventa es uno de los varios títulos a los que puede hacerse una cesión, pero ciertamente solo uno de ellos. Al fin y al cabo, una cesión también puede hacerse a título de permuta, por ejemplo, e incluso a título gratuito.

Además, porque cuando se celebra una de estas cesiones nominadas de que trata el Estatuto Orgánico en cuestión, la interpretación y el juzgamiento de sus circunstancias, de sus características y de sus efectos debe hacerse a la luz de los postulados y de las reglas particulares que gobiernan esa precisa categoría legal, y no de los generales que son propios de la compraventa. Al fin y al cabo, a los efectos de ese juzgamiento, lo que importa no es el título al que operó el traslado o traspaso de unos derechos y unas obligaciones o, si se prefiere, de unos activos, unos pasivos y unos contratos, sino el modo en que él tuvo lugar, como vehículo que fue para la protección de los intereses y de los derechos de los ahorradores del sistema financiero.

3. Vicios del consentimiento y objeto ilícito

a) planteamiento del problema

La primera pretensión principal, en la demanda reformada, solicita que se declare la nulidad absoluta del contrato celebrado entre la Fundación Fes y la Financiera Estelar S.A., (hoy Financiera Fes S.A., Compañía de Financiamiento Comercial), el 29 de junio de 1999. Por ese contrato se cedieron los activos, pasivos, contratos y establecimientos de comercio, incluyendo las contingencias activas y pasivas. Se pide la declaración de nulidad por vicio en el consentimiento de la Fundación Fes, y por contener objeto ilícito.

La ley colombiana, al paso que exige la presencia de voluntad para que surjan las obligaciones, señala en el artículo 1508 del Código Civil que los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son el error, la fuerza y el dolo. Los vicios del consentimiento llevan a las nulidades, relativas. La demanda corregida invoca vicios del consentimiento para solicitar la nulidad absoluta; y pide en subsidio la nulidad relativa, sin hacer precisiones adicionales especiales en cuanto a los vicios alegados. Será preciso, por lo tanto, hacer un examen general de los vicios que la demanda menciona, y obtener conclusiones en cuanto a la pretensión principal, y la subsidiaria, que se relaciona con ellos.

b) la fuerza

Según el apoderado de la parte actora, el acervo probatorio recogido, y en especial los testimonios, llevan a la conclusión de que no existió libertad de la Fundación para manifestar una voluntad en la celebración del contrato de cesión de activos y pasivos de la Fundación FES a la Financiera FES.

Según él, la voluntad de la Fundación FES fue totalmente abolida en todas las etapas de las deliberaciones y decisiones. A su juicio, tal conclusión se desprende de los testimonios de los doctores José Ricardo

Caicedo Antonio de Roux. Mauricio Cabrera y de la misma Ex-Superintendente Bancaria. Sara Ordóñez.

Y añade que la voluntad de la Financiera Estelar S.A. hoy Financiera FES S.A. (En liquidación), fue asumida total y exclusivamente por la Superintendencia Bancaria. Cita en su apoyo el testimonio del doctor José Ricardo Caicedo, quien afirma que el representante legal de Estelar. Camilo Almonacid, no participó en las deliberaciones. y que fue él. en nombre de la FES, quien participó en ellas, mientras que la Superintendencia, sin manifestarlo de modo explícito, asumía el papel que debería haber correspondido a la Financiera Estelar. Por su parte el doctor Antonio de Roux Rengifo, coincide en que el doctor Camilo Almonacid no estuvo en la mayoría de las reuniones. y que si acaso vino fue para firmar un documento; y explica que la Superintendencia insistió en estar presente en las reuniones porque FES controlaba a la Financiera.

El doctor Jorge Castellanos Rueda, quien fuera director de FOGAFIN a la fecha de celebración del convenio, afirma también que la doctora Ketty Valbuena como funcionaria de FOGAFIN, participó activamente en todas las reuniones que se realizaron con la Fundación y la Superintendencia Bancaria para buscar una salida a la crisis que se presentaba. FOGAFIN era un potencial financiador de la entidad.

Según el doctor Mauricio Cabrera Galvis hubo una decidida, activa y definitiva participación de la Superintendencia Bancaria y de FOGAFIN para obtener la celebración de este convenio; la Superintendencia Bancaria y FOGAFIN consideraban que era un mecanismo de salvación de la actividad financiera de la Fundación y elaboraron minutas del contrato. La Fundación FES consideraba el contrato, no como fin, sino como un medio para enfrentar la crisis que soportaba la institución.

El actor concluye, entonces, con base en los testimonios indicados, en que hubo fuerza descomunal, irresistible del Estado para que la Fundación FES realizara esta cesión de activos y de pasivos.

El Tribunal encuentra probado que la Superintendencia Bancaria, particularmente, y Fogafín en algún grado, participaron en forma activa en las deliberaciones que llevaron a la firma del contrato; y considera probable, inclusive, que esa participación hubiese llegado hasta la redacción de algunos textos que fueron presentados a las partes para su firma. El Tribunal acepta, también, como un hecho, que la firma del contrato fue precedida por la advertencia, de parte de la Superintendencia, de que el rechazo del contrato llevaría eventualmente a la liquidación de la Fundación,

De otra parte, el Sr. apoderado de la Financiera rechaza todas las afirmaciones o sugerencias relacionadas con el hecho de que esa entidad hubiese podido ser víctima de fuerza cuando firmó el contrato; y ha dicho, con razón, que sólo la Financiera estaría legalmente habilitada para invocar tal vicio en su favor y pedir una anulación del contrato.

En el texto del contrato no quedó constancia alguna de que las personas que lo suscribieron lo hubiesen hecho amenazados o por fuerza. Los firmantes no añadieron frases o palabras que pudiesen indicar que su voluntad no fuera libre. Es cierto que sus' antecedentes relatan que la preferencia del Consejo Asamblea Extraordinario de la Fes fue por una cesión parcial de activos, y que la Superintendencia insistió en que tal cesión fuera total, pero en la cláusula décima segunda se añade que "cada una de las partes declara y certifica que tienen pleno poder y autoridad para celebrar el presente documento y para ejecutar las obligaciones que por el mismo se contraen. Este contrato constituye una obligación válida y legalmente vinculan te, siendo exigible con arreglo a los términos del mismo ...".

No ha conocido el Tribunal tampoco indicio alguno que le permita pensar que la Superintendencia, o sus funcionarios, buscaban provecho o satisfacción indebidos con la firma de este contrato.

Para el Tribunal no es extraño que las autoridades se dirijan, en ocasiones, a los particulares, y les indiquen que, a su juicio, es necesario celebrar un determinado contrato o realizar un acto específico, bien para no recibir una sanción, bien para evitar que las autoridades adopten medidas que los particulares pueden encontrar muy gravosas o adversas a sus intereses. Las autoridades, en tales casos, obran en ejercicio de facultades de intervención, o de policía administrativa, cuyo respaldo constitucional y legal es asunto aceptado generalmente en el derecho colombiano, por lo que el Tribunal no considera necesario detenerse en el asunto. Debe suponerse que las autoridades, cuando actúan de esa manera, obran en ejercicio de facultades legales y siguiendo los procedimientos que les están prescritos; el derecho colombiano, de otra parte, contiene muchos instrumentos para que los particulares que estimen que esa conducta oficial lesiona sus derechos puedan suspender, evitar o modificar las decisiones oficiales que consideren lesivas. El Tribunal no tiene noticia de que los actos de las autoridades en este asunto concreto hayan sido objeto de sanción o reproche por parte de autoridades judiciales o disciplinarias, y ciertamente no está dentro de su competencia hacer una evaluación de ellas. El Tribunal, pues, debe partir del supuesto de que la actuación de las autoridades fue justificada.

Ni es extraño tampoco, para el Tribunal, que el análisis y debate de lo que habrían de ser las cláusulas del contrato haya sido adelantado entre personas distintas de aquellas que finalmente firmaron en su condición de representantes legales. Es usual en el mundo de los negocios que se delegue en funcionarios de las diversas entidades la negociación y redacción de los textos destinados a ser parte de los contratos, y que en la negociación participen personas que representan a terceros. Pero, en tales casos, son los órganos de dirección de las personas jurídicas comprometidas, y en particular sus representantes legales, quienes tienen la capacidad final de examinar y decidir si el texto que se ha negociado por otros es el que consideran aceptable y conveniente. Y es su decisión final, usualmente su firma, la única capaz de generar obligaciones para las personas jurídicas que representan. La negociación

entre personas distintas de los representantes legales no puede tomarse, pues, como prueba de ausencia de voluntad de estos o de las personas jurídicas que representan.

La fuerza, como vicio del consentimiento, no consiste, solamente, en que alguna de las partes, o ambas, advierta, por su propio análisis, o porque un tercero o una autoridad se lo manifiesta, que la omisión de determinado acto o contrato traerá una consecuencia adversa de mucha gravedad. Es usual que adoptemos ciertas conductas, o celebremos ciertos contratos, no porque los consideremos deseables en sí mismos, sino porque sabemos que las omisiones, o los actos y contratos que podrían servir de alternativas, tendrían consecuencias funestas. La libertad no implica ausencia de motivaciones positivas o negativas al actuar o contratar; implica sí capacidad de evaluarlas y de escoger la que produce mayor utilidad o menor sacrificio. Para que la fuerza vicie el consentimiento se requiere, así, en primer término, que se trate de evitar un resultado que un tercero señala en forma arbitraria, y que es opuesto a la ley y al derecho; y que ese resultado sea grave e irremediable, desde la perspectiva de la persona sobre la que se ejerce la fuerza.

Ahora bien, la doctrina nacional, al referirse a los elementos que configuran la fuerza como vicio de la voluntad, ha manifestado que para que ésta tenga la capacidad de viciar de nulidad un contrato, es preciso que la amenaza sea injusta:

" ... Para que la fuerza sea capaz de viciar la voluntad, la doctrina y la jurisprudencia tradicionales exigen también que ella sea injusta. Y se entiende por tal todo acto de violencia física o moral que no encuentre legitimación en el ordenamiento jurídico. Así, las amenazas de golpear al deudor para obligarlo a cumplir o a celebrar un arreglo con el acreedor constituyen fuerza injusta, porque es censurable que una persona pretermita las vías de derecho y se haga justicia por su propia mano. Por el contrario, la fuerza es justa o lícita cuando está autorizada por el

ordenamiento jurídico (...) Esta fuerza no puede ser invocada como vicio de la voluntad".

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en el mismo sentido. En sentencia del 5 de octubre de 1939 dicha corporación expresó:

"De acuerdo con lo dicho y en virtud de que se considera inmanente a toda obligación civil su exigibilidad, aun por medio de la fuerza si fuere necesario, no constituye, en principio, vicio del consentimiento por violencia, emplear la coacción para hacer cumplir un deber jurídico, realizar un derecho o alcanzar la satisfacción de un interés legítimo" (subrayas fuera de texto)".

Posteriormente, en fallo del 15 de abril de 1969, hablando sobre los elementos que configuran la fuerza como vicio del consentimiento, manifestó:

"Esta clásica institución latina, tal como se ofrece en el derecho moderno, presupone dos requisitos para la operancia de la sanción que conlleva, cual es la invalidación del acto celebrado bajo el imperio de la fuerza: a) El primero de ellos, claramente descrito en el arto 1513 de nuestro C. C. mira a la intensidad del acto violento y a la repercusión de éste en el ánimo de la víctima: "la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición" (...). Corresponde, por tanto, al Juez ponderar en cada caso esa intensidad de la fuerza y de sus efectos, atendiendo para ello a los criterios que señala el texto legal transcrito: el criterio objetivo que atiende a la naturaleza de los hechos violentos para determinar si estos son aptos para "producir una impresión fuerte", un "justo

5 Ospina Fernández, Guillermo: Ospina Acosta, Eduardo. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. (Temis. 1994). p. 216.

6 Corte Suprema de Justicia. "Sentencia de 5 de octubre de 1939". Gaceta Judicial No. 1950. pág. 721.

temor", para combinarlo con el criterio subjetivo que mira a "la edad, sexo y condición" de la víctima. b) El segundo de los aludidos requisitos para que la fuerza constituya vicio de la voluntad, no contemplado expresamente por nuestro Código, pero invariablemente tenido en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia, consiste en la justicia de los hechos constitutivos de aquella, entendiéndole como tales los que no encuentran legitimación en el ordenamiento jurídico respectivo⁷ (subrayas fuera de texto).

Es claro entonces que la fuerza sólo vicia el consentimiento, cuando constituye una conducta ilegítima, enderezada al resultado específico de una decisión negocial contraria a la autonomía e intereses de quien se ve presionado a tomarla; cuando quien la ejerce, amenaza con desencadenar consecuencias contrarias al ordenamiento jurídico.

La amenaza de intervención y liquidación de la Fundación implicaba, sin duda, un mal grave para esa entidad, e irremediable una vez consumada; pero la intervención y liquidación no habrían sido decisiones ajenas a las instituciones legales colombianas, ni extrañas a las facultades de las entidades oficiales que tenían a su cargo atender los problemas de la Fundación; ni habrían sido decisiones contra las que no hubiese recursos. Y los órganos directivos de la Fundación tuvieron la oportunidad de evaluar con libertad la alternativa, y de escoger la celebración del contrato, así fuera como un mal menor.

Sí para analizar los efectos de la fuerza en los contratos que celebran las personas naturales, conviene tener en cuenta su edad, sexo y condición, tratándose de personas jurídicas parece necesario considerar si ejercieron o no, frente a las amenazas reales o presuntas, los derechos que la Constitución y la ley otorgan a quienes se sienten víctimas de un acto oficial indebido. En el caso sometido al estudio de este Tribunal, se advierte

7 Corte Suprema de Justicia. "Sentencia del 15 de abril de 1969", magistrado ponente Guillermo Ospina Fernández. Gaceta Judicial Tomo CXXX; página 21.

que hubo una negociación pública y prolongada, en tal forma que si en algún momento los participantes hubiesen considerado que se ejercía sobre ellos fuerza indebida, y amenaza de perjuicio grave e irremediable, habrían podido, sin duda, recurrir a los medios que proporciona el derecho colombiano para conseguir que cesara tal amenaza. No lo hicieron; y no se ha alegado ni probado que se les impidió hacerlo.

Es claro, pues, que así la intervención y liquidación de la Fundación fuese mirada como un mal grave por sus órganos directivos, y así el contrato de cesión no hubiese sido tampoco la alternativa preferida por ellos, la Fundación escogió negociar y celebrar el contrato, antes que acudir a los remedios legales de los que habría dispuesto para oponerse a las direcciones que le impartía la Superintendencia.

No puede, pues, el Tribunal admitir que en una negociación pública y prolongada entre particulares, la participación activa de las autoridades y la advertencia que ellas hicieron de adoptar decisiones administrativas con claro respaldo legal si las partes no convenían en ciertas estipulaciones contractuales, equivalga a la fuerza, que puede viciar los contratos, cuando las partes, de otra parte, tuvieron la posibilidad de oponer diversos medios para controlar eventuales abusos oficiales y no lo hicieron. Es posible inferir que, en ese momento, no consideraron hallarse ante una presión injusta o irresistible.

No accede, entonces, el Tribunal a decretar la nulidad pedida por el actor; y no hace falta, a este respecto, referirse a la demanda de reconvención, porque en tal demanda no se pidió pronunciamiento sobre este asunto.

e) El error en la especie del contrato

Según el actor, en su alegato de conclusión, el "contrato de cesión de activos y pasivos", es fruto de un 'error de las partes, Fundación FES y Financiera FES, acerca de su naturaleza. Dice que en la cláusula primera

del contrato se estipuló: "en este acuerdo, los siguientes términos tendrán el significado que a continuación se les atribuye" ... 1.5.- "Transferir o ceder". Explica que, "...como verbo, significan transferir, vender, ceder y disponer de los activos, pasivos y contratos". Añade que, "Por su parte, el numeral 1.7 del contrato define la 'Cesión de activos, pasivos y contratos' como el procedimiento definido en el Régimen Financiero y Cambiario".

Según el actor, las definiciones dadas en los numerales citados, presentan una contradicción acerca de la naturaleza misma del contrato, lo que condujo a un error respecto de su naturaleza. La Fundación FES creía contratar una cosa, y lo que pretendía la Superintendencia Bancaria era otra. Como se observa, en este aparte el actor identifica la voluntad de la Financiera con la de la Superintendencia.

Según el actor, para la Fundación FES se trataba de una compraventa de unos activos, de unos pasivos, de unos contratos y unos establecimientos de comercio. Y añade que detrás de la Financiera Estelar S.A. estaba la Superintendencia Bancaria, quien pretendía que el acuerdo no era más que un procedimiento regulado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, como si estuviera interviniendo a la Fundación FES, pese a que no se había decretado la intervención para liquidar o administrar.

Según el actor, es tan evidente que la Fundación creía celebrar un contrato de compraventa, que el 15 de octubre de 1999 le formula una cuenta de cobro a la Financiera FES por la cantidad de \$42.086.758.000.00, en que incluye el valor de la cuenta, con las valorizaciones, que eran inherentes al patrimonio.

Sin duda, las declaraciones de la Dra. Sara Ordóñez, y de otros testigos, permiten apreciar que algunas de las personas que participaron en las negociaciones que dieron origen al contrato, lo impulsaron porque, precisamente, el Estatuto Financiero lo asocia con los diversos procedimientos que pueden emplearse en el sector financiero para proteger la confianza del público en el sistema.

No es posible, sin embargo, aceptar los planteamientos del señor apoderado de la Fundación FES. En efecto, el error al que se refiere el artículo 1510 del Código Civil, según se desprende de su texto, es aquél en virtud del cual los derechos y obligaciones que una parte supone adquirir son diferentes de aquellos que la otra parte le atribuye, y viceversa; y no solo porque tal diferencia surge de una interpretación contraria de un mismo contrato sobre cuya tipicidad no existe debate, sino porque, inclusive, existen diferencias respecto del tipo de contrato que se celebra.

El error, como vicio del consentimiento, puede eventualmente dar lugar a la nulidad del contrato porque éste, idealmente, supone un acuerdo de voluntades; y es obvio que si el entendimiento que cada parte tiene acerca de los derechos y obligaciones que le corresponden a ella y a su contraparte, son distintos, ese acuerdo no se produce, y no se produce en una materia básica.

Las citas que el Sr. Apoderado de la Fundación hace deben complementarse para tener una visión mas completa del asunto. Es así como los numerales 1.4 y 1.5 contienen las siguientes definiciones:

1.4 "Transferencia o cesión". Como sustantivo incluye cualquier transferencia, venta, cesión, permuta o cualquier disposición voluntaria de los activos, pasivos y contratos.

1.5 "Transferir o ceder". Como verbo, significan transferir, vender, ceder y disponer de los activos, pasivos y contratos.

Es fácil observar que ambas definiciones son tan amplias, que dentro de ellas caben no solo el contrato de compraventa, sino muchos otros contratos, nominados e innominados, típicos y atípicos. No es posible aceptar que una de las partes que pactó tales definiciones hubiera entendido que ellas solo se referían a una operación de compraventa.

Ahora bien, la escasa jurisprudencia nacional en torno al error en la naturaleza del contrato, enseña cuales son los presupuestos para que este error vicie el consentimiento de quien contrata:

"Cuando en un juicio se invoca tal elemento (el error) se parte del principio de que ha sido algo distinto lo que se ha querido o entendido o creído contratar. Por tanto, lo primero que ocurre es inquirir qué es ese algo distinto, y sólo después de hallarlo establecido, en su caso, es cuando procede estudiar si la discrepancia entre ello y lo contratado es determinante, ya por su calidad, ya por su magnitud, de vicio en el consentimiento ⁸"(subrayas fuera de texto).

De esta manera, para determinar la existencia del error en la naturaleza del contrato, el Tribunal debe determinar, en primer lugar, cual es el contrato que se creyó celebrar, y a continuación, si existe discrepancia entre el contrato deseado y el finalmente celebrado.

El señor apoderado de la Fundación FES, afirma que para su representada, el contrato se trataba de una compraventa de unos activos, de unos pasivos, de unos contratos y unos establecimientos de comercio. Para el Tribunal, esa afirmación no es de recibo, pues el apoderado de la FUNDACIÓN no ha explicado de qué manera el entendimiento que la Fundación tenía acerca de los derechos y obligaciones que adquiriría era diferente del que animaba a la Financiera Fes, hasta el punto de que las diferencias puedan llevar a la conclusión de que no existió coincidencia en las voluntades de las partes.

La Fundación alega que entendió hacer una compraventa, porque la cesión significa "transferencia", y porque presentó una cuenta de cobro a la Financiera; pero es sabido que la transferencia de la propiedad no resulta, únicamente, de tal contrato, y las definiciones pactadas no avalan

⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de marzo de 1936. Gaceta Judicial. No. 1911. pág 748.

tampoco esta conclusión. Y la presentación de cuentas no es tampoco resultado exclusivo y necesario de una relación jurídica de compraventa. La Financiera también entendió que se le transferían derechos y obligaciones, y también aceptó que debía hacer un pago como contra prestación. No se advierte una diferencia, y menos una oposición, en cuanto a la comprensión que las partes tenían de la naturaleza de las obligaciones y derechos recíprocos.

Ahora bien, el hecho de que se hubiese mencionado en la definición 1.7 del contrato que la "cesión de activos, pasivos y contratos" era parte de un procedimiento definido en el régimen financiero y cambiario, tampoco acredita el error de las partes en cuanto a sus obligaciones y derechos. Es bien sabido que dentro de las actividades que desarrollan las autoridades y los particulares, en forma secuencial, para conseguir un determinado objetivo, esto es, dentro de un "procedimiento", pueden celebrarse diversos actos y contratos. La alusión a uno de ellos como parte de un "procedimiento" de ninguna manera es suficiente para establecer que quienes participaron en el contrato tuviesen una diferencia sustantiva en cuanto a la naturaleza de las obligaciones y derechos que adquirirían.

No es posible, pues, acceder a la declaración de nulidad fundada en el error de las partes en cuanto a la especie del contrato que celebraron. No encuentra el Tribunal una diferencia el} el entendimiento que las partes tuvieron de sus obligaciones y derechos recíprocos tan grande como para afirmar que no hubo consentimiento; ni para afirmar que el consentimiento estuvo viciado. No hay pues nulidad absoluta, ni relativa, que pueda declararse con esta base.

La demanda de reconvención no incluye pretensión alguna relacionada en forma directa con las alegaciones de error, por lo que no hay lugar a hacer pronunciamiento adicional sobre el asunto.

d) el objeto ilícito

La cláusula segunda del contrato que da lugar a la presente controversia dice así:

OBJETO DEL PRESENTE CONTRATO.- El objeto del presente contrato es establecer los principios generales así como las condiciones bajo las cuales Estelar adquiere y FES cede la totalidad de los activos, pasivos y contratos incluyendo los establecimientos de comercio y las contingencias activas y pasivas reflejadas en las correspondientes cuentas de orden de FES, excluidas las acciones de Financiera Estelar S.A."

Y la cláusula tercera complementa la anterior de la siguiente manera:

CESION.- Por medio del presente contrato, FES, en la fecha cede a Estelar, quien adquiere la totalidad de los activos, pasivos y contratos y el establecimiento de comercio, incluyendo las contingencias activas y pasivas reflejadas en las correspondientes cuentas de orden, existentes a la fecha de la firma de este documento y los cuales aparecen indicados en los balances cortados a 31 de mayo de 1.999".

Es preciso tener en cuenta, de otro lado, que las partes pactaron en la cláusula cuarta, que "sólo para efectos contables y mientras se realiza la DEBIDA DILIGENCIA, FES asentará la diferencia contable entre los activos y pasivos cedidos como una cuenta por cobrar a Estelar". Ello condujo a que en el Balance cortado a 30 de Junio de 1.999, la Fundación FES Social contabilizara una cuenta por cobrar a la Financiera FES por \$33.161.954.766,29; la Financiera FES contabilizó la misma suma, como una cuenta por pagar a la Fundación FES Social.

En la cláusula quinta, sobre "debida diligencia", las partes convinieron en que:

Dentro de los 30 días siguientes a la firma de este documento se deberá realizar una debida diligencia por parte de una firma de reconocido prestigio designada por los organismos oficiales correspondientes, sobre

la totalidad de los activos, pasivos y contratos y establecimientos de comercio, incluyendo las contingencias activas y pasivas reflejadas en las correspondientes cuentas de orden que se ceden a favor de Estelar, para determinar el valor real de la cesión. Si como resultado de esa debida diligencia llegase a existir un saldo a favor de FES, las partes contratantes determinarán la forma y el mecanismo para efectuar la compensación económica correspondiente.

El actor considera que la cesión total de activos, pasivos y contratos, reclamada por la Superintendencia y aceptada por las partes, implica objeto ilícito. Para sustentar su tesis, invoca el artículo 62 de la Constitución, según el cual *El destino de las donaciones in ter vivos o testamentarias, hechas conforme a la ley para fines de interés social no podrá ser variado ni modificado por el legislador, a menos que el objeto de la donación desaparezca. En este caso, la ley asignará el patrimonio respectivo a un fin similar. El gobierno fiscalizará el manejo e inversión de tales donaciones.*

Añade el actor que la cesión total de activos, pasivos, contingencias y establecimientos de comercio, fue ordenada por la Superintendencia Bancaria, y ello aparece, dice el Tribunal, acreditado en el expediente. El actor resalta una carta de la Superintendencia, del 25 de junio de 1.999 dirigida al doctor Camilo Almonacid, representante legal de la Financiera Estelar S.A., en la cual se lee: "dentro de las alternativas encaminadas a resolver la situación presentada por la Fundación FES, se consideró necesario la cesación de las actividades tradicionales como establecimiento de crédito y la de carácter social, mediante la cesión total de activos, pasivos y contratos".

El Tribunal, de su parte, anota que, pese a las voces empleadas en el contrato, no hubo en realidad una cesión total de activos de la Fundación Fes a la Financiera. En efecto, es preciso recordar que, según advierte el texto contractual, la Fundación retuvo las acciones que poseía en la

Financiera. Y. sin duda, la Fundación retuvo también, un crédito contra la Financiera, por valor determinado en forma provisional, cuyo valor definitivo debería ser establecido por medio del procedimiento que las partes denominaron "diligencia debida".

Allí pues, al retener la propiedad de tales acciones, y al retener ese derecho al crédito, la Fundación retuvo la propiedad de activos que deberían y deben permitirle atender sus compromisos fundacionales: en la medida en que ella misma no hubiese arriesgado y perdido los bienes necesarios para atenderlos, en las épocas que antecedieron a la celebración del contrato de cesión. Si el saldo de tales activos y pasivos, y el rendimiento y el valor de tales acciones, no le permiten cumplir en forma íntegra sus compromisos, no será por razones imputables al contrato de cesión.

No ve el Tribunal que el contrato haya violado el artículo 62 de la Constitución. Ante todo porque, como señaló el señor apoderado de la Financiera, los elementos típicos de tal precepto no coinciden con los hechos de los que conoce el Tribunal. La norma constitucional prohíbe al Congreso cambiar por ley el destino que los donantes hayan dado a los bienes donados: y podría entenderse que tampoco pueden las autoridades ordenar que se modifiquen los contratos de donación, para que los donatarios utilicen los bienes recibidos para propósitos que no fueron los de los donantes.

Para el Tribunal no puede extenderse el alcance de la prohibición constitucional, dirigida expresamente al legislador (y en gracia de discusión, a las autoridades públicas), a los actos y negocios jurídicos celebrados bajo el amparo del principio de la autonomía de la voluntad, más aún cuando de acuerdo con un principio de hermenéutica jurídica, las prohibiciones son de interpretación restrictiva.

El recto entendimiento del artículo 62 de la Constitución, lleva al Tribunal a concluir que el cambio de destinación de las donaciones entre vivos, o

testamentarias, ocurridas en virtud de disposiciones contractuales, es el resorte exclusivo de los particulares, por lo que, en principio, no es posible que un contrato o convención comporte una violación a la norma constitucional en comento, ni que, por lo mismo, sea susceptible de ser anulado por ilicitud en su objeto.

En el contrato del que ahora se ocupa el Tribunal no hubo orden alguna del legislador o de las autoridades, cuyo contenido consistiera en ordenar a la Fundación modificar los contratos de donación celebrados o, en general, los actos en virtud de los cuales recibió donaciones. Las órdenes de las autoridades se refirieron a la propiedad de los activos de la Fundación, y a la posición de esta en los contratos, pero no al régimen de las obligaciones y derechos que pudieran contener los contratos. Esas órdenes, de haber sido ilegales, han debido ser controvertidas por medio de los recursos y de las acciones que el derecho colombiano contiene para que los particulares puedan controlar la constitucionalidad y la legalidad del obrar de la administración.

El actor no señala cuál norma legal violaron, por su parte, los contratantes, que hubiese impuesto a ellos, y no a las autoridades, el deber de negarse a negociar con los bienes que les habían sido donados, o el deber de oponerse a ser sustituidos en los contratos de donación. En ausencia de tales normas, los donantes podrían alegar incumplimiento de sus contratos, pero ni ellos ni nadie podrían negar, con éxito, la validez de la cesión total. Cesión para la cual, como se recuerda, ambas partes dijeron estar facultadas, y ser válida.

La Fundación FES reclamó a la Financiera FES la devolución de ciertos activos que no correspondían al negocio financiero, sino a las actividades fundacionales, y que habían sido entregados a la Financiera FES en el contrato de cesión de activos y pasivos. La Superintendencia encontró que el reclamo era razonable y ordenó hacer las devoluciones del caso. Su orden se acató el 29 de Noviembre de 1.999, y de ello quedó constancia en acta suscrita entre la Fundación FES y la Financiera FES.

Todo ello sugiere que, quizás por la necesidad de obrar con presteza a la que se refieren varios testigos, se cometió una equivocación al exigir que la cesión incluyera todos los activos y contratos, y al desatender las advertencias que hizo en tal sentido la Fundación; pero no se ha demostrado que esa equivocación haya sido de naturaleza tal que pudiera dar lugar a una nulidad por "objeto ilícito", y, de otra parte, todo sugiere que tanto las autoridades, como las partes, lo enmendaron, hasta el punto de que en el proceso no se probó que esa orden cause agravio inconstitucional o ilegal o nadie, o una devolución debido por hacer.

Por los razones dichos, el Tribunal no accede o declarar lo nulidad del contrato fundado en el "objeto ilícito" alegado. La demanda de reconvencción no menciona en forma expresa entre sus pretensiones el y asunto del objeto ilícito, por lo que el Tribunal no considera necesario referirse aquí a ella.

4. El incumplimiento del contrato

La parte convocante es reiterativa en afirmar que la parte convocada incumplió el contrato, al designarse una persona no idónea para llevar a cabo la debida diligencia y además la elección de la misma se hizo por una entidad no facultada para ello.

De otra parte, también aduce como incumplimiento contractual la limitación y alcance de la extensión del trabajo de debida diligencia, al no valorarse en ella ciertos elementos propios del establecimiento de comercio, como el Good Will, el nombre comercial y otros factores de suma importancia para deducir el verdadero valor de una empresa en marcha.

Los argumentos anteriores llevan a '10 parte convocante a la conclusión, que con la ejecución del contrato de cesión de activos y pasivos objeto

del proceso, se violaron normas legales y contractuales en grave perjuicio para su representada.

Despejada como quedó en apartes anteriores de este fallo, a identidad jurídica del contrato de cesión de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimiento de comercio, incluyendo las contingencias activas y pasivas, y que además no se presentaron vicios que afectaran su validez, procede este tribunal al análisis de los cargos que a la ejecución del contrato formula la convocante por los aspectos antes citados.

Creemos necesario, acudir a las normas de interpretación de los contratos, para desentrañar lo que se quiso conseguir en el presente caso con las cláusulas cuarta y quinta del mismo que comenzamos por transcribir para una mejor presentación del tema. "CLAUSULA CUARTA. TRATAMIENTO CONTABLE. Solo para efectos contables y mientras se realiza la debida diligencia. FES asentará la diferencia contable entre los activos y pasivos cedidos como una cuenta por cobrar a ESTELAR." "CLAUSULA QUINTA. DEBIDA DILIGENCIA. Dentro de los treinta días siguientes a la firma de este documento se deberá realizar una debida diligencia por parte de una firma de reconocido prestigio designada por los organismos oficiales correspondientes, sobre a totalidad de los activos. Pasivos, contratos, y establecimiento de comercio, incluyendo las contingencias activas y pasivas reflejadas en las correspondientes cuentas de orden que se ceden a favor de ESTELAR, para determinar el valor real de la cesión. Si como resultado de esta debida diligencia llegase a existir un saldo a favor de FES, las partes contratantes determinarán la forma y el mecanismo para efectuar la compensación económica correspondiente."

No obstante ser claras las cláusulas anteriores. repetimos., es menester acudir a su contenido intrínseco y determinar la intención no solo de las partes contractuales, sino también de la autoridad que actuaba como promotora de la cesión de activos y pasivos como fórmula de salvamento

de las que consagra la ley, en el Art. 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, o decreto 663 de Abril 2 de 1.993.

No todas las veces las reglas fijadas por los contratantes para regir sus relaciones son claras y entre ellos se pueden presentar diferencias sobre la manera de interpretar su contenido y alcance, por lo que las estipulaciones acordadas por ellos resultan determinantes para la interpretación de los contratos y especialmente para encontrar cual fue su común intención al celebrar el contrato.

Para la efectividad del enunciado anterior la propia ley impone al juzgador la aplicación de unas estrictas reglas de interpretación para que al interpretar los alcances de un contrato se respeten íntegramente el objeto, y la intención, y la voluntad de los contratantes.

En sentencia de 2 de Abril de 1.938, proferida por la sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y que conserva su plena vigencia por cuanto las normas en que se fundamentó aún rigen, se expresó: "Es preciso interpretar los contratos de manera que produzcan efectos, y hay que suponer buena fe en los contratantes, mientras no aparezca lo contrario". G.J.T. tomo XXXIX, no. 1884, pág .571^a .

En sentencia de 29 de Octubre de 1.936, la misma corporación, se pronunció sobre este mismo aspecto así: "La interpretación de los contratos se hace de dos modos: a) Interpretación auténtica, y b) Interpretación por vía judicial. Tiene lugar la primera cuando entre las partes no hay discrepancia, sobre el alcance y sentido de las cláusulas que forman la convención o cuando han procedido a la ejecución del contrato sin desacuerdo de ninguna especie. Tiene lugar la segunda cuando en virtud de distintas apreciaciones de las partes sobre el contenido y alcance de las cláusulas de un contrato, le dan a éste diferente interpretación. Cuando esto sucede el juzgador tiene como regla para fijar el alcance de un contrato las normas de interpretación o hermenéutica de la convención consignada en el título 13 del libro 4º. Del

Código Civil, entre los cuales están los antecedentes del contrato ".
G.J. tomo XLIV no 1918 y 1919, pág.456. 2º. Y 457, la.

En laudo arbitral de Mayo 4 de 1.992, el Tribunal de Arbitramento, constituido para fallar en derecho las diferencias presentadas entre Seguros Caribe S.A. y Orienco versus Londres S,A, y Tokio S,A., conformado por los Doctores Adolfo Urdaneta Wiesner, Antonio Ávila Álvarez y José Antonio Lema Villegas, se dispuso lo siguiente: "Para interpretar acertadamente un contrato, es necesario buscar y encontrar el significado y alcance de esas reglas o normas que regulan las relaciones interpartes, con el objeto de poder producir todos los efectos que el contrato debe tener sin que se contraríe la voluntad de ninguna de las partes".

Las providencias citadas, no hacen otra cosa que buscar cuál fue la verdadera intención de los contratantes al celebrar el contrato y colocar esta intención por encima del sentido literal o gramatical de, las palabras. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras, dice el Art. 1618 del Código Civil Colombiano.

El contrato que nos reúne en este proceso y cuya naturaleza se dejó analizada en aparte anterior de este laudo, contiene más aspectos operativos y procedimentales que sustantivos y ello lo hace más difícil de entender, amén de que no es muy preciso en su terminología.

En efecto la cláusula segunda del contrato previó, que su objeto es establecer los principios generales así como las condiciones bajo las cuales Estelar adquiere y FES cede la totalidad de los activos, pasivos y contratos incluyendo el establecimiento de Comercio y las contingencias activas y pasivas reflejadas en las correspondientes cuentas de orden de FES, excluidas las acciones de Financiera Estelar. Queda claro el objeto del contrato y el alcance del mismo en cuanto al mecanismo para una transferencia de propiedad y una asunción de pasivos como medio de pago de los activos.

La preceptiva de la cláusula antes comentada es clara y ninguna norma prohíbe o limita la capacidad de las partes para prever el mecanismo sobre cómo se ejecutará una recíproca transferencia prestacional. Esta cláusula es fundamental para el análisis a que nos venimos refiriendo en razón a que define el objeto y el fin del contrato, formando una unidad conceptual de orden jurídico con la cláusula que ordena la debida diligencia para la determinación final del valor real.

Las cláusulas cuarta y quinta antes transcritas, son igualmente de índole operativo, pero con un alcance contable en orden a precaver hacia el futuro el mecanismo para determinar cómo se cuantificará finalmente el precio convenido para la cesión de los activos, pasivos y demás elementos objeto del contrato. Una primera deducción que se hace en este aspecto es la del precio, el cual estaba implícitamente fijado por la diferencia entre los activos y los pasivos asumidos como pago de aquellos.

En armonía con lo anterior, la cláusula cuarta preceptúa que solo para efectos contables y mientras se realiza la debida diligencia, FES asentará la diferencia contable entre los activos y pasivos cedidos como una cuenta por cobrar a Estelar. El sentido de este ordenamiento no era otro que convenir una cifra provisional mientras se desarrollaba el proceso de confrontación de todos los elementos del contrato y definir, como es obvio, de manera clara el valor final de la transacción.

Precisamente en desarrollo de esta cláusula, y como resultado de la ecuación contable activos menos pasivos igual a patrimonio, la FES, contabilizó una cuenta por cobrar a Financiera FES por valor de \$33.161.955.000.00 a 30 de Junio de 1.999, fecha en que se perfeccionó el contrato, cifra esta que fue verificada por los expertos contables y financieros de forma conteste en sus respectivos dictámenes que reposan en los autos de este proceso y que se constituyen en prueba fundamental para la decisión del tribunal.

Consecuente con lo anterior, podemos decir que no quedó determinado el precio de la cesión en la cifra citada, pues éste se convino así quedara indeterminado y no era otro que aquel que resultare de la confrontación de activos y pasivos, previa una debida diligencia que debía realizarse por la vía de la verificación exacta de los registros contables para obtener así la realidad y veracidad de esa diferencia, que bien podría ser igual, mayor o menor a la que como referencia contable se dejó antes escrita. Aquí opera, no solo la intención de las partes, sino también la realidad de la transacción, la que usualmente cuando ocurre tiene una manera natural de convenir el precio y no es otro que el resultante de la operación aritmética referida. La intención aquí no puede ir más allá de la realidad comercial.

Precisamente y continuando el contrato su esquema operacional para indicar el modus operandi de la transacción, la cláusula quinta consagró la debida diligencia, la cual se debería ejecutar dentro de los treinta (30) días siguientes a la firma del contrato, labor que realizaría " una firma de reconocido prestigio designada por los organismos oficiales correspondientes" sobre la totalidad de los activos, pasivos, contratos y establecimiento de comercio, incluyendo las contingencias activas y pasivas reflejadas en las correspondientes cuentas de orden que se ceden a favor de ESTELAR, para determinar el valor real de la cesión. Para mas claridad hacia el resultado final y sus efectos, se estableció en la misma cláusula que "Si como resultado de esta debida diligencia llegase a existir un saldo a favor de FES, las partes contratantes determinarán la forma y el mecanismo para efectuar la compensación económica correspondiente".

La voluntad de las partes continúa dirigiéndose al vehículo o medio para definir el precio real de la transacción, es decir aquel que fuera consistente contablemente y reflejara al final de manera veraz la cifra resultante de la diferencia de los activos y los pasivos.

La cláusula a nuestro entender es un mecanismo idóneo para lograr el objetivo de determinar el valor real de la cesión, mediante una operación contable, llamada de "debida diligencia" que debía cumplir la confrontación de las cifras del balance, y las posibles contingencias de ellas para que a través de una depuración de las diferentes cuentas se determinara el valor real de la cesión. No se trataba de una valoración comercial, por cuanto como se dejó dicho en apartes anteriores el contrato surgió a la vida jurídica bajo un mecanismo de salvamento de una entidad financiera al tenor de las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que en él regulan las actividades de los vigilados y las funciones de la Superintendencia Bancaria.

Esta afirmación, no puede ser desconocida por la convocante, pues a lo largo de las negociaciones con la Superintendencia Bancaria, y que narran todos los testigos en este proceso, nunca se habló de intercambio de bienes a valores comerciales, porque simplemente no era posible y por el contrario todos sabían, por razón de sus funciones, cómo opera el sistema de cesión de activos y pasivos, y contratos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Dec.663 de 1.993) y que no es otro que el que ha sido tratado en apartes anteriores. Para ello se practicaron los experticios contables y financieros y como lo dicen los propios peritos no se trató de valorar la empresa cedente. El Tribunal debe aclarar que no encuentra en la cláusula sobre "debida diligencia" una obligación atribuida a la Financiera, en tal forma que su falta de realización pudiera calificarse de incumplimiento imputable a esta. No obstante, parece útil examinar otros aspectos del problema, para atender a los planteamientos de la parte convocante.

Censura la convocante que la entidad seleccionada para realizar la debida diligencia, no cumplía con las exigencias y extensión del trabajo, pues no era de reconocido prestigio. En este orden, el Tribunal no entiende, ni el convocante define cuál es el alcance de la expresión "reconocido prestigio". Lo cierto es que la firma seleccionada "A Y C CONSULTORIA y AUDITORIA EMPRESARIAL", como consta en los

autos, tiene experiencia en procesos de Auditoria contable, que al fin, correspondía al trabajo de la debida diligencia como medio para determinar el valor contable residual de restar a los activos los pasivos, y durante esa operación verificar la realidad de los registros contables examinados para ejecutar la labor.

En cuanto al nominador de la firma que realizó la debida diligencia, y que lo fue según los autos el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, la parte convocante lo tacha por no tener la facultad para realizar la elección y aún más llega a predicar un posible conflicto de intereses, en perjuicio de la convocante.

La redacción de la cláusula, a nuestro entender, es clara en delegar la nominación aludida a los organismos oficiales correspondientes. ¿Cuáles eran estos organismos? No lo dice el contrato. No podrían ser organismos que no participaran en la negociación o inclusive en los efectos posteriores de la misma. La delegación para nominar, quedó tácitamente deferida en un organismo oficial, entendiéndose éste en su acepción vulgar como un ente estatal y obviamente que tuviere un nexo de causalidad con la operación.

En este sentido, FOGAFIN, entidad interesada en el proceso, como quiera que posteriormente, como un acto congruente con el mecanismo de salvamento financiero, suscribiría acciones en la recipiendaria de los activos y pasivos cedidos Financiera FES, era el organismo competente llamado a la elección de quien debía realizar la debida diligencia. El Doctor José Ricardo Caicedo Peña cuya declaración obra en el expediente, declaró que la cláusula cuarta y quinta del contrato, fue redactada y promovida por él, y que además a su juicio, el nominador de quien debía hacer la debida diligencia era FOGAFIN por el interés y su vinculación a la operación. Nótese que el Doctor Caicedo Peña era el asesor de la Fundación FES en el proceso de negociación.

No se puede desvirtuar el objeto de una cláusula contractual, por el mero sentimiento o sospecha de que, quien tiene la facultad de nombrar,

usufructuará esa facultad en beneficio propio e irrespetando el principio de la buena fe. El redactor de la cláusula que fue la misma FES, definió el organismo que elegiría el agente de la debida diligencia, de una manera amplia al usar la expresión "organismos oficiales correspondientes". Si la palabra correspondiente, equivale en el contrato de cesión de activos y pasivos a competente, no existe ley que le de la competencia en forma expresa a ningún organismo, pero indudablemente que la vinculación al negocio y su participación en los procesos de salvamento del sistema financiero, indican como organismo competente para la designación que nos ocupa a FOGAFIN, pues esta entidad, será al final quien reciba los activos y pasivos y sus consecuencias, y por ende debe seleccionar a quien le ofrezca confianza para el análisis y la verificación contable de unas cifras y unos registros, que al fin serán los que determinen el valor real de la operación, donde el valor real hace referencia mas a la verdad contable, que a valores comerciales y esa verdad resulta de confrontar unos registros libres de contingencias y eventuales siniestralidades.

Analizadas las teorías que sobre la determinación del precio expresa el apoderado de la convocante, este Tribunal considera que en el caso en litis, el precio lo determinaron las partes en el momento de firmar el contrato, y no porque ellas así lo definieran, sino por la naturaleza y forma operativo del contrato, pues al cederse activos, pasivos, contratos y contingencias, el precio quedaba implícito y lo constituía obviamente la diferencia entre los valores de los pasivos asumidos como contra prestación de los activos recibidos, y precisamente para confrontar la realidad y calidad de unos y otros se haría la debida diligencia, que para el caso presente la definen los peritos Guillermo A. Orozco H. y Luís Alberto Zuleta J. en el dictamen que obra en el expediente, como "el proceso por medio del cual unas personas conducen una inspección con el propósito de revelar todo el material suficiente, oportuno y adecuado relacionado con los estados financieros, la información o los documentos que puedan influir el resultado de una transacción".

Analicemos la censura al resultado de la debida diligencia, para lo cual la parte convocante se apoya en que no se hizo una valoración del negocio en marcha y no se incluyeron factores determinantes en la valoración, tales como el Good Will, emblema, nombre comercial y otros elementos que enuncia en su demanda el convocante.

Para este análisis de nuevo regresemos al estudio Y9 realizado en este laudo sobre la naturaleza, características y condiciones del contrato base de la litis y la transacción que lo genera, la cual no reúne las características de una operación comercial en la que las partes gozan de una autonomía que les permita ponderar a su libertad la realización o no del negocio, pues al mismo lo gobiernan unos mandatos legales categóricos e imperativos como quiera que surgen de la necesidad de "prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe", objetivo propio de la Superintendencia Bancaria, principios estos contenidos en el Art.325 Decreto 663 de Abril 2 de 1.993.

En este aspecto, la prueba testimonial recogida durante el debate probatorio, es uniforme, reiterada y recurrente, en describir la difícil situación a la que llegó la Fundación, por diferentes causas, ninguna de ellas atribuible a la convocada, pues ésta que fue filial de la convocante, solo sirvió de vehículo receptor de unos activos, pasivos, contratos y contingencias, mas como una medida de salvamento de ambas entidades, que una operación comercial, la que además era difícil realizar en condiciones diferentes a las que se hizo como fórmula de salvación y obviamente promovida por la autoridad competente para ello, como es la Superintendencia Bancaria, con facultades claramente definidas para tal propósito en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En este orden, nos referimos a los deponentes. Gabriel Mauricio Cabrera Galvis, Marlo Ernesto Calero Buendía, José Ricardo Caicedo Peña, Antonio de Roux Renjifo, Miguel Londoño Barona, La Superintendente Bancaria de aquel entonces, Sara Ordóñez Noriega y el director de

Fogafín de la época, Doctor Jorge Castellanos Rueda, quienes relatan con lujo de detalle la forma como se fue deteriorando el proceso operacional de la compañía, y el análisis de diferentes opciones para salvar la FES, hasta llegarse a definir el mecanismo que hoy nos convoca en este proceso, relatos que involucran una serie de actuaciones administrativas que no son materia de discusión y pronunciamiento de este Tribunal.

Es importante destacar la actitud de la Superintendencia Bancaria y FOGAFIN en el proceso de, negociación de las diferentes fórmulas de recuperación y salvamento de la operación financiera, la cual algunos de los testigos, que otrora fueran directivos de la' FES, califican como impositiva, sin reconocer que todas sus actuaciones las realizaban las autoridades referidas en cumplimiento de mandatos legales contenidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Dec.663 de 1.993) en sus Arts. 113 No.4, 316, 320 No.4, 325, numeral 1, literales a,b,c y e y 326 No.4, literal c, e igualmente desconociendo que el proceso de negociación en que se comprometieron los funcionarios de la Fundación FES y el Gobierno, no podría manejarse ni concertarse al libre criterio de cualquiera de los grupos y que, por el contrario, ambos debían concurrir a encontrar una fórmula que cupiera dentro de los medios legales que determina la ley para prevenir desastres financieros que afecten la confianza y el interés público en el sistema,

El testigo Miguel Londoño Barona, presidente del Consejo Directivo de la convocante, en una declaración realista y emotiva, describe el proceso de deterioro de la Fundación, y las consecuencias que podría tener el no acudir a las fórmulas de salvación de la entidad y que se negociaban con los funcionarios competentes del Gobierno, La Superintendencia Bancaria, cuyas funciones discrecionales son limitadas, no podía definir la situación de la Fundación teniendo en cuenta el pasado de la misma y la filantropía de una de sus funciones. Esta autoridad debía resolver la situación utilizando los esquemas descritos en la ley, sin ninguna otra alternativa, y por ello no se podía ni se puede predicar conductas abusivas de esta entidad, y en el supuesto que hubiesen existido, no es este tribunal -como atrás se dijo- el órgano competente para resolver

situaciones de índole administrativa que pudieron haber tenido la oportunidad de ser discutidas en su momento y ante la autoridad o el juez competente.

De las declaraciones de los testigos y de quienes fueron autoridades de vigilancia y apoyo financiero en su época, recaudadas en el período probatorio se refleja que el, establecimiento de comercio materia de la negociación, no se encontraba en las mejores condiciones financieras y por el contrario se necesitaba medidas de salvamento para tratar de recuperarlo. Por esa misma razón no se estaba enajenando en los términos y condiciones que reglamenta el Código de Comercio en sus Arts. 515 y siguientes, y por el contrario estaba siendo sometido a una transacción especial, es decir transfiriéndose la propiedad del mismo a cambio de la asunción por parte del adquirente, de unos pasivos que bien podían tener o no correspondencia con su valor, generándose una cuenta activa o pasiva según el resultado de la debida diligencia.

De otra parte y aceptando que forman parte del establecimiento de comercio todos los bienes que enumera el Art.516 del Código de Comercio, la verdad es que en el propio contrato no se hizo exclusión de ningún bien, y mucho menos se clasificaron los activos que lo componían para efectos de una valoración, pues la negociación se hizo sobre el precio resultante del cuadro contable de las cifras del balance, el cual incluía todo lo que era materia de la cesión total de que trata el contrato objeto de la litis, salvo lo exceptuado expresamente en él, y teniendo en cuenta todos los elementos activos, pasivos y contratos que reflejaba la contabilidad de FES. Téngase en cuenta que en el contrato de cesión de activos, en el numeral 1.11 de las definiciones se define que "Activos, pasivos, contratos y establecimientos trasladado, son los que aparecen relacionados en el balance de la FES cortado a 31 de mayo de 1999, incluyendo además de las contingencias activas y pasivas reflejadas en las correspondientes cuentas de orden con los ajustes que se realizarán de conformidad con lo establecido en la cláusula sexta y todos los demás que surjan." Quedo definido en la definición lo que correspondía a

establecimiento de comercio, con todos los elementos que lo integran, no siendo procedente tener en cuenta valores distintos, si es que los había, pero reflejados en la contabilidad, base de la debida diligencia.

Los peritos financieros Guillermo A. Orozco H. y Luís Alberto Zuleta J. en el dictamen ya referido, en respuesta a la pregunta que se les formulara sobre si lo que se previó en el contrato de cesión de activos fue una valoración de la Fundación FES, como una empresa en marcha, y dentro de la que habría que considerar inclusive los intangibles, como su nombre, fama comercial, derecho a la clientela, los emblemas y enseñas, el know how, y cualquier otro componente empresarial de igual o similar naturaleza, contestaron categóricamente que no, aclarando además que la debida diligencia, se hizo después de la transacción, y así las cosas, lo que se hace o se prevé usualmente es un ajuste sobre lo acordado inicialmente, pero no la valoración de una empresa en marcha. Dicen los peritos que " en este caso se prevé solamente determinar el valor real de la cesión".

En los términos anteriores, para el Tribunal es claro que la elección de la firma que realizó la debida diligencia, y el contenido de ésta, cumplieron los objetivos contractuales y de las autoridades que vigilaron e intervinieron en el proceso de cesión de activos, pasivos, y contratos y enajenación de establecimiento de comercio, incluyendo las contingencias activas y pasivas, reflejadas en las correspondientes cuentas de orden, y por lo tanto la convocada no incumplió el contrato.

La prueba testimonial y la prueba pericial recaudada dentro del proceso, demuestran cómo la debida diligencia ejecutó su labor con base en los registros contables de FES' y los que reposan en la Superintendencia Bancaria como quiera que dicha entidad estuvo sometida a vigilancia estatal hasta el momento de la escisión de sus operaciones financieras y sociales. Por ende, el Tribunal accederá en este sentido a la primera de las pretensiones de la demanda de reconvención.

Sin embargo, por otra parte se impone resaltar que la debida diligencia en su resultado final no fue aceptada por las partes y cada una de ellas se alejó de la misma, acogiéndose a los resultados de las visitas que practicó la Superintendencia Bancaria y que fueron al final los que dieron la base para la deducción del saldo por diferencia de valor entre activos y pasivos para determinar el valor real de la cesión, como se analiza adelante con fundamento en los peritazgos financiero y contable.

El Tribunal toma nota de que los peritos Orozco y Zuleta, en la aclaración a su dictamen, indican que la debida diligencia tomó los valores contables de los activos, pasivos, contratos, etc. "y no el valor real de los mismos, si por valor real se entiende un valor comercial, ya sea de reposición o venta de dichos elementos, lo cual hubiera requerido otras metodologías y prácticas "

El Tribunal advierte que la simple referencia al valor "real" de los activos, pasivos y contratos no puede ser argumento para desvirtuar el valor de los datos contables, puesto que la contabilidad es una de las formas, no exclusiva por supuesto, de determinar la realidad de la situación financiera de las empresas. El condicionamiento interpretativo que hacen los peritos no altera, pues, el valor de sus otras conclusiones en cuanto a la debida diligencia, procedimiento éste que, además, como se ha visto, no tuvo consecuencias contractuales por el mutuo disenso que sobre los resultados de ella puso de manifiesto la conducta de las partes.

Por lo tanto, el Tribunal habrá de acceder a la segunda pretensión de la demanda de reconvención, en el sentido de que la "debida diligencia" llevó a determinar el valor "real" de la cesión; sin perjuicio de aclarar que la conducta de ambas partes produjo un disenso en cuanto a los efectos que debían darse a ese valor.

Como quiera que en la demanda, en las declaraciones de testigos y en los alegatos de la convocante durante el proceso, se hizo referencia a una serie de acontecimientos administrativos que antecedieron la cesión

de bienes, y sobre los cuales no se puede pronunciar este tribunal, pero de otra parte y para sustentar la legalidad de la elección de la firma que hizo la debida diligencia, se citaron una serie de disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para sustento de las apreciaciones del Tribunal, es importante dejar transcritas en sus partes pertinentes las normas antes referidas y que sirvieron de apoyo a las autoridades anotadas para promover la fórmula final de salvamento de la operación de FES.

"Art.113 Medidas Preventivas de la toma de posesión.

"Sin perjuicio de las medidas que las entidades financieras deben adoptar en cumplimiento de las disposiciones que dicte el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confiere el Art.48 literal i de esta Estatuto, la Superintendencia Bancaria podrá adoptar individualmente las medidas previstas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 Y 7 de este artículo.

"

"4. Cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimientos de comercio a otra institución. La cesión total o parcial de activos, pasivos, y contratos, así como la enajenación de establecimientos de comercio a otra institución es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria promover la cesión de activos, pasivos y contratos, así como la enajenación de establecimiento de comercio."

"Artículo 325. Naturaleza, y objetivos de la Superintendencia Bancaria. Naturaleza y Objetivos. La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la

actividad financiera y aseguradora y que tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos:

"a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficiente de liquidez apropiados para atender sus obligaciones.

"b) Supervisar de manera integral la actividad de las entidades sometidas a su control y vigilancia no solo respecto del cumplimiento de las normas y regulaciones de tipo financiero sino también en relación con las disposiciones de tipo cambiario.

"c) Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada presentación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia.

"

"e) Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe."

"Artículo 326. Funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria. Para el ejercicio de los objetivos señalados en el artículo anterior, la Superintendencia Bancaria, tendrá las funciones y facultades consagradas en los numerales siguientes, sin perjuicio de las que por virtud de otras disposiciones legales le correspondan.

1. Funciones de aprobación u objeción para el funcionamiento de entidades.

"

"b) Aprobar la conversión, transformación, escisión de instituciones sujetas a su control, así como, la cesión de activos, pasivos v contratos.

"

"3. Funciones de control y vigilancia. La Superintendencia Bancaria tendrá [as siguientes funciones de control y vigilancia.

"a) Instruir a [as instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten e[cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

"

"4. Facultades de Supervisión. La' Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de Supervisión.

"

"b) Practicar visitas de inspección a las entidades vigiladas con el fin de obtener un conocimiento integral de su situación financiera, del manejo de sus negocios, o de los aspectos especiales que se requieran.

"

"5. Facultades de prevención y sanción. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de prevención y sanción.

"a) Emitir [as órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento, cuando la Superintendencia considere que alguna institución sometida a su vigilancia a violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en forma no autorizada o insegura.

"

"c) Adoptar cuando lo considere pertinente y según las circunstancias, cualquiera de [as siguientes medidas cautelares para evitar que una institución vigilada incurra en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla:

"

"- Promover la cesión total o parcial de sus activos, pasivos o contratos o la enajenación de sus establecimientos de comercio a otra institución."

Con respecto a Fogafín, se transcriben las siguientes disposiciones:

"Artículo 316. Organización.

" 1 . Naturaleza Jurídica. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, creado por el Art. 1º De la Ley 117 de 1.985, es una persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única, sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

"Parágrafo. Las operaciones del Fondo se regirán únicamente por este estatuto y por las normas de derecho privado.

"2. Objeto. El objeto general del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, consistirá en la protección de la confianza de los depositantes y acreedores en las instituciones financieras inscritas, preservando el equilibrio y la equidad económica e impidiendo injustificados beneficios económicos o de cualquiera otra naturaleza de los accionistas y administradores causantes de perjuicios a las instituciones financieras. Dentro de este objeto general, tendrá las siguientes funciones.

"

"b) Participar transitoriamente en el capital de las instituciones inscritas."

"Artículo 320. Operaciones.

"1. Operaciones autorizadas. Con el único propósito de desarrollar el objeto previsto en el capítulo primero de esta parte del presente estatuto, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, podrá realizar las siguientes actividades.

"a) efectuar aportes de capital en las Instituciones Financieras y adquirir, enajenar y gravar acciones de las instituciones inscritas, en los casos previstos en los numerales lo. del artículo 303 y 30 del Art.319 del presente estatuto."

De las normas transcritas, se aprecia con claridad que las autoridades intervinientes en el proceso de salvamento de FES hasta el momento en que se toma la decisión de que se debe realizar la cesión de Activos y

Pasivos, ejecutaron sus funciones en los términos de ley, pues no existe prueba en los autos de que hayan sido sujetas de recursos o reclamaciones por la vía administrativa. Esta manifestación del tribunal, no pretende asumir competencia para juzgar actos de las autoridades administrativas pero sí considera necesario apoyarse en las normas precitadas para determinar que FOGAFIN si tenía capacidad para designar a la entidad que llevó a cabo la debida diligencia, por formar parte con la Superintendencia Bancaria de las autoridades competentes para promover el proceso de salvamento que culminó con la cesión de activos y pasivos.

El Tribunal no puede aceptar la pretensión de la demanda de reconvención, en cuanto pide que se declare que el contrato y los actos relacionados con él no tuvieron causa lucrativa. Para el Tribunal el "lucro" en los negocios no consiste, únicamente, en buscar un margen o diferencia en los intercambios de bienes; el solo hecho de buscar que los bienes conserven su valor y que subsistan las empresas implica lucro. Los antecedentes de esta controversia ponen de presente que los bienes vinculados a la Fundación pudieron terminar siendo objeto de una liquidación, con la pérdida de valor que ello usualmente conlleva. Las autoridades, y quienes ahora en nombre de la Fundación y la Financiera, realizaron un salvamento que conservó valor para todos los interesados, y en ese sentido tuvo una causa lucrativa de beneficio general.

Sin duda, las autoridades orientaron todo el proceso, pero, por las razones expuestas atrás con amplitud, no puede aceptarse que las partes se limitaran, sin voluntad, a acatar el querer de aquellas.

En consecuencia, no habrá de accederse a la pretensión sexta de la demanda de reconvención, que solicita que "se declare que tanto el "contrato de cesión" del 28 de junio de 1999, como el "Acta de entrega" del 26 de noviembre de 1999, así como cualquiera otra devolución que con fundamento en el primero de estos negocios jurídicos hubiere efectuado la FINANCIERA FES S.A. (antes Financiera Estelar S.A.) a la

FUNDACIÓN FES no tuvieron causa comercial o lucrativa, sino que se hicieron en cumplimiento y ejecución de órdenes e instrucciones de los órganos de control e inspección de la actividad financiera, especialmente de la Superintendencia Bancaria y de FOGAFIN, con fundamento en las normas pertinentes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero".

5. Determinación del saldo contable del contrato

Constituye piedra angular de la convocante en el texto de la demanda, la petición de que se le desconocieron el derecho a los activos propios de su actividad fundacional y que en la negociación de la cesión de activos, pasivos y demás materias del contrato no se excluyeron tales activos y que la Superintendencia Bancaria en su momento no aceptó ninguna petición en tal sentido.

La historia procesal narrada por los testigos y la propia demanda es uniforme en determinar como la Fundación FES, en el año de, cambió su estructura fundacional a Compañía de Financiamiento Comercial, manteniendo a partir de ese momento las dos actividades fundacional y financiera que marcharon paralelamente hasta el momento en que la Superintendencia Bancaria para alivio de la crisis y como medida de salvamento ordenó la escisión de las dos actividades, produciéndose la historia reciente conocida en los autos.

De la historia referida surge una posición contable que lleva a que sea imposible determinar cuál era el patrimonio fundacional y cuál el financiero, pues la totalidad de los recursos captados bajo las vías que utilizaba la Fundación se contabilizaban como recursos patrimoniales sin discriminación alguna, y se dirigían al mismo tiempo a cumplir simultáneamente los dos objetivos, haciendo imposible la separación de los valores comprometidos en cada actividad. Así las cosas, se llegó al contrato de cesión total de activos, pasivos, contratos y demás elementos

de ese acto jurídico, y obviamente se originó la discusión de qué correspondía a la FUNDACIÓN como actividad fundacional y qué haberes correspondían a la actividad financiera para hacer la división correspondiente y convenir como lo dice el contrato, el mecanismo para efectuar la compensación económica correspondiente.

En primer lugar, debemos anotar que el patrimonio como concepto contable es único en las partidas que lo integran y no existen otras sub-cuentas, que indiquen a su vez el origen de los recursos comprometidos en él. situación que hace difícil la separación que ahora pretende la FUNDACIÓN, después de muchos años de haber destinado los recursos captados indiscriminadamente a cumplir sus actividades, los cuales estaban contabilizados bajo las instrucciones impartidas por las autoridades de vigilancia y control de acuerdo al PUC. Por esta razón, los peritos contables en su complementación al dictamen pericial de mayo 8 de 2002, declaran al resolver una pregunta sobre la cuantía de los fondos permanentes que deben ser reintegrados al patrimonio de la fundación social, que no existe una cuenta o un rubro constitutivo de fondos permanentes en la contabilidad de la FES. Por lo tanto dicen los expertos que no tienen elementos que les permitan determinar cuales son los fondos permanentes y menos cuantificarlos. Los peritos financieros tampoco identificaron los fondos permanentes, ni otra clase de activo fundacional, distintos de aquellos que se devolvieron en acta de noviembre 26 de 1999, anexa al expediente.

Es a partir del contrato de cesión de activos y pasivos y lo determinado en las cláusulas cuarta y quinta del contrato, de donde se debe partir para definir lo que correspondía a la Fundación FES, después de la depuración contable de las diferentes partidas del balance, su verificación con los registros de los libros de contabilidad y demás elementos que permitieran saber con exactitud, qué bienes no habían entrado o no debían entrar en la cesión y cuál era el saldo débito o crédito resultante de la diferencia entre los activos y pasivos comprometidos en la transacción.

La situación anterior es la que emerge del contrato y la voluntad de las partes para el cierre del negocio, no como una transacción comercial sino como un medio de los que da la ley a una entidad financiera en crisis para remediar tal situación y no derramar perjuicios en la credibilidad del sistema financiero o sobre los propios ahorradores, usuarios de sus servicios y accionistas.

Como se han definido en el presente laudo los aspectos jurídicos de orden contractual y de obligaciones entre las partes, es procedente recurrir a las pruebas periciales, para dilucidar la situación materia de litis, teniendo en cuenta además de las pruebas aportadas por la convocante, las presentadas por la convocada en su contestación a la demanda y en la de reconvencción que la misma presentó, la cual debe decidirse enfrentar con mucha claridad la problemática que generó el presente arbitramento.

Es de advertir que la contabilidad de las partes al momento de la cesión de activos, pasivos y contratos, cumplía los requisitos del Art.95 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y así se nota de las actas de visita de la Superintendencia Bancaria que reposan en los autos, no obstante las observaciones que esta visita hace a los procedimientos contables, y los ajustes que ordena a ciertas partidas, en cumplimiento de específicas autorizaciones contenidas en el mismo Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el decreto 2359 de 1.993.

Prueba fundamental para el esclarecimiento de los hechos materia de la litis son los dictámenes que obran en los autos de los expertos financieros Guillermo A. Orozco H. y Luís Alberto Zuleta J. y los peritos contables Eduardo Jiménez Ramírez y Horacio Ayala Vela.

Para la definición del tema debemos partir del asiento contable inicial de \$33.161.955.000.00, el cual reclama la Fundación para que se le pague como diferencia contable entre los activos y los pasivos cedidos, todo como consecuencia del incumplimiento contractual que como ya expresamos en este laudo no ocurrió, por las razones aquí expuestas.

Esa cláusula hace referencia a bienes expresados en dinero, y no a especies algunas; por eso el Tribunal no considerará la posibilidad de ordenar pagos o devoluciones en especie.

Como la pretensión por el pago de la suma total antes definida, no es compartida por el Tribunal, nos apoyamos en los peritajes contables y financiero para deducir de dichas cifras aquellas que resultaron probadas y que afectan la actual cuenta contable por cobrar de Fundación FES a Financiera FES, atendiendo una de las pretensiones de la demanda de reconvencción.

Se parte para el análisis siguiente de que el precio de la cesión, no es ni fue determinado en el contrato en la suma que refiere la convocante; por el contrario, lo que el contrato refleja es que el precio no se dejó al arbitrio de la debida diligencia, por cuanto ésta lo que haría sería la verificación de la realidad contable de FES y la sanidad de las diferentes cuentas para ajustarlas en orden a determinar el valor real de la cesión.

El único elemento uniforme, que todas las partes aceptan y que igualmente los peritos financieros y contables recogen en sus dictámenes, es el saldo que registraron inicialmente FES y Financiera FES de manera provisional, tal como lo ordenaba el contrato de cesión en su cláusula cuarta y corresponde a la cifra que antes registramos en este escrito en la suma de \$33.161.955.000.00.

Posteriormente a la firma del contrato se presentan tres hechos de suma importancia para el análisis de la situación en contienda. El primero corresponde a la orden de cesión o retrocesión de una serie de activos calificados como fundacionales y que se restituyen a la FES mediante acta de entrega de Nov. 26 de 1.999, según convenio suscrito entre la Financiera FES y la Fundación, y del cual surge una cuenta por pagar de Fundación FES a Financiera FES por un valor de \$ 241.01 7.044.12

pesos, los que se restarán del registro inicial de \$ 33.161.955.000.00, Y en cuyo concepto están de acuerdo los peritos financieros y los peritos contadores, acogiendo este tribunal ese dictamen, en el cual se indica que fuera de esos bienes devueltos no existen otros que reintegrar lo cual conduce, también, a la conclusión de que las obligaciones pendientes de cancelar son obligaciones en dinero y no en especie.

En tal virtud, el tribunal despachará favorablemente la cuarta y la quinta pretensión de la demanda de reconvención esto es:

"Que se declare que con base en los resultados de la visita de la Superintendencia Bancaria a que se refiere la tercera pretensión anterior, esta misma entidad de inspección y vigilancia le ordenó a la FINANCIERA FES "la devolución a la Fundación FES de los activos, pasivos y contratos que por su naturaleza, origen de los recursos y destinación no formaban parte del patrimonio" de la Financiera FES, cuyas cifras y características están definidos en el citado documento, tal y como lo expresa la doctora Sara Ordóñez Noriega en comunicación del 24 de septiembre de 1999 dirigida al representante de la FINANCIERA FES.

"Que se declare que para ejecutar lo anterior, la Superintendencia Bancaria, en la misma comunicación referida en la pretensión anterior, le ordenó a la FINANCIERA FES S.A. adelantar los trámites necesarios para una devolución de bienes, con el fin de dar cumplimiento a la instrucción impartida, lo que se cumplió por la FINANCIERA FES S.A. especialmente mediante el negocio jurídico suscrito el día 26 de noviembre de 1999 por la parte demandante y la parte demandada, rotulado textualmente "ACTA DE ENTREGA SUSCRITA ENTRE IA FUNDACIÓN PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR FES y FINANCIERA FES S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL".

El segundo hecho se da con ocasión de las dos visitas de la Superintendencia Bancaria a FES, las cuales arrojan como resultado la orden de realizar ajustes contables por valor de \$15.802.504.561.06

pesos, ajustes que se deben realizar a 30 de Junio de 1.999 según lo ordena la propia Superintendencia mediante cartas Nos.1999044994-2 de Sept. 24 de 1.999, y 1999044994-3 de la misma fecha, de los cuales realmente fueron cargados en la contabilidad de Financiera FES, valores por \$15.802.504.561.06. Los peritos contadores certifican estas cifras en el Anexo No.2 del peritazgo, al presentar el movimiento de la cuenta de Financiera FES, con la Fundación bajo el No.289595100, y lo presentan igualmente los peritos financieros en el Anexo 10 de su experticio.

No encuentra el tribunal en los dictámenes pericia les que, aparte de las cifras resultantes de la visita de la Superintendencia, y de las relativas a la "retrocesión" haya otras "devoluciones o retrocesiones" que, según la pretensión penúltima del reconviniente, pueda reducirse del saldo inicial provisional del negocio.

Así las cosas y de acuerdo con los dictámenes, certificaciones y concepto de los peritos, la cuenta resultante de la cesión de activos y pasivos sería la siguiente.

Registro contable inicial	\$33.161.955.000.00
Neto de retrocesión:	-\$ 241.017.044.12.
Visita Superintendencia	<u>-\$15.802.504.561 .06</u>
Diferencia	\$17.118.433.394.82

De acuerdo con los términos en que se ha venido analizando el contrato de cesión en este laudo, la voluntad de las partes no fue otra que la que desentrañaron los peritos en los dictámenes que cada uno realiza de acuerdo con su especialidad, los cuales después de un trabajo de mucha comparación en cifras contables y de balance, fueron acordes en llegar a los resultados antes transcritos. En este orden y a partir de la cuenta inicial contabilizada en ese entonces por las partes en contienda en este arbitramento, y procediendo ahora a restarle los ajustes que se hicieron por la Superintendencia Bancaria con la autoridad que la ley le confiere y como vigilante de las partes en este proceso, al celebrarse el contrato, el

Tribunal acoge como cifra a favor de la Fundación FES, la suma de \$17.118.433.394.82

Un aspecto que llama la atención al Tribunal y que no puede pasar sin anotar, es la actitud de la Fundación FES que haciendo caso omiso de las ordenes de la Superintendencia Bancaria y lo convenido en el contrato de cesión (cláusula sexta) no registró contablemente los ajustes ordenados por aquella entidad, no constituyendo este hecho prueba a su favor, ni tampoco limitando la facultad de los árbitros de tomar como pruebas hechos que resultaron fehacientemente comprobados a través de los peritazgos técnicos practicados en el proceso.

De otra parte, hay un cruce de culpas en las obligaciones contables de las partes en litis pues los peritos determinaron fallas de registro en los libros de la convocada y también certificaron no contabilizaciones contables obligatorios por la convocante, lo que hace que el Tribunal deba tener como pruebas las que presentaron las partes y se corroboraron con los dictámenes periciales.

Se debe anotar, que además de las partidas contables ajustadas, la convocada, argumenta en su alegato que existen otras partidas por valor de \$8.557.391.931.00 provenientes de una conciliación pericial que hicieron los peritos contadores, en la ampliación de su dictamen de mayo 8 de 2002, sobre valores por recuperación de provisiones y de incrementos en las mismas a Diciembre 31 de 2.001.

Este aspecto, si bien fue certificado por los peritos contadores, no tiene efecto para disminuir la cuenta inicial registrada por las partes y aquí mencionada pues corresponde a una responsabilidad que no asume el cedente de los activos y contratos al tenor de lo dispuesto en el párrafo cuarto de la cláusula tercera del contrato de cesión que dispuso "la transferencia irrevocable de la cartera se ha realizado mediante el endoso en propiedad y sin responsabilidad cambiaria de cada uno de los títulos Que la documentan. La entrega de los documentos Que la

instrumentan se realizará dentro de los quince días siguientes a la firma de este documento y lo mismo ocurrirá con las garantías y los contratos con su constancia de cesión. FES no responderá por la solvencia de los deudores."

La descomposición de las partidas del ajuste la presentan de forma igual los peritos financieros y contables en los dictámenes presentados al proceso y que no fueron objetados por ninguna de las partes. Obviamente los referidos documentos en los apartes aquí analizados, y todos los demás aspectos se acogen como parte y fundamento de este laudo para llegar a su conclusión numérica y en consecuencia, el Tribunal habrá de negar la séptima pretensión de la demanda de reconvencción, en cuanto ella contempla la posibilidad de que se declare que la FINANCIERA está a paz y salvo con la FUNDACIÓN; pero se acogerá la alternativa que presenta la misma pretensión, en el sentido de declarar que la FINANCIERA debe devolver un remanente, en dinero, por un monto que el Tribunal ha definido con la ayuda de los peritos, y al que debe añadirse la conservación del valor adquisitivo del dinero, que ha estado en manos de la FINANCIERA. De acuerdo con los principios de ley esta suma se debe a partir de la ejecutoria del laudo.

6. Corrección monetaria e intereses.

Procede el Tribunal a referirse al tema de eventual pago de intereses, y corrección monetaria, con el propósito de pronunciarse sobre la pretensión de la FINANCIERA, que, al reconvenir, pidió definir, si fuera el caso, el monto de las devoluciones que debería hacer a la FUNDACIÓN.

Quedó ya analizado el comportamiento de la parte convocada en la ejecución del contrato de cesión de activos y pasivos, habiendo llegado el Tribunal a la conclusión de que ella no incumplió sus obligaciones, y habiendo determinado la suma que en todo caso le quedó a deber a la convocante como fruto de la diferencia entre los valores de los activos

cedidos y los pasivos asumidos por la convocante, y sustraídos los valores de la denominada retrocesión de activos a la convocante.

En las obligaciones dinerarias, existen los denominados intereses de término, que compensan al acreedor el costo de su dinero en poder del deudor. Estos intereses nacen como fruto de una convención o de la ley, siempre y cuando esté definida la obligación a pagar en su monto, fecha de pago y demás condiciones financieras de la misma.

Con todo, la teoría anterior no tiene aplicación en el caso que nos ocupa, por las siguientes razones, todas ellas debidamente valoradas por el Tribunal con base en el acervo probatorio que reposa en los autos:

El contrato de cesión de activos y pasivos dispuso en su cláusula quinta en su parte final, después de establecer el mecanismo de la debida diligencia para determinar el valor real de la cesión, que: "Si como resultado de esta debida diligencia llegase a existir un saldo a favor de la Fes, las partes contratantes determinarán la forma y el mecanismo para efectuar la compensación económica correspondiente." Como se aprecia de la cláusula, las partes debían determinar la forma de pago de la cifra resultante como valor real de la cesión, obviamente después de la debida diligencia. Como las partes no llegaron al acuerdo referido, no se puede predicar la existencia del plazo para el pago, ni en aquel entonces el valor cierto de la obligación, el cual precisamente es materia de esta decisión en la cual quedará definido el valor de la cesión de los activos y pasivos.

De otra parte, dada la naturaleza del contrato que nos ocupa, nada se pactó respecto al reconocimiento de interés, ni de plazo ni de mora, y ello era natural por las razones antes expresadas.

Los intereses de mora se causan, bien en el evento de incumplimiento de la obligación o de cumplimiento retardado de la misma, circunstancias que no tuvieron ocurrencia en la conducta de la convocada.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en casación civil de Noviembre 28 de 1989, de la que fue Magistrado ponente el DR. RAFAEL ROMERO SIERRA expresó sobre el tema:" De tal suerte que el código de comercio, permite el cobro de intereses remuneratorios o de plazo, pero solo en aquellos negocios mercantiles en que hayan de pagarse réditos de un capital', bien sea por convenio de las partes o por disposición legal expresa como ocurre, por ejemplo, en los suministros y ventas al fiado, sin estipulación de plazo, un mes después de pasada la cuenta (Art. 885 CCo), en el mutuo comercial (Art. 1163 CCo.), en la cuenta corriente bancaria (Art. 1388 CCo.); y determina mediante el Artículo 884 la tasa respectiva cuando no se ha estipulado."

Los criterios expuestos, ratifican al Tribunal las razones para desestimar el reconocimiento de intereses de cualquier clase a favor de la convocante.

En cuanto al reconocimiento de la corrección monetaria, el Tribunal considera necesario su reconocimiento, al atender la pretensión de la reconviniente en cuanto a que se defina el monto que debe devolver a la FUNDACIÓN, por las siguientes razones:

Dentro de una economía que, como la actual, se caracteriza por la inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, no pueden los jueces, quienes son en ultima instancia los llamados a darle vida y sentido al derecho, permitir que el principio nominalista, concebido para regir una situación económica bien diferente, continúe aplicándose con una rigidez tal que solo conduzca a vulnerar principios que tienen respaldo en claros textos constitucionales, y en la jurisprudencia.

El caso que nos ocupa y que es materia de este fallo, es un claro ejemplo de cómo alguien que espera recibir una suma de dinero fruto de una conciliación contable, se ve afectado en el tiempo por la pérdida de la capacidad adquisitiva de esa suma que espera. Por lo tanto necesariamente habrá de corregirse en el mismo tiempo esa pérdida de

valor de la suma esperada para que cuando la reciba esta tenga su valor actualizado y se merme o mejor se evite el correspondiente perjuicio, en este caso no derivado de un incumplimiento, sino del hecho que produjo el tiempo de discusión del valor cierto de la operación.

Como argumento fundamental de este reconocimiento, el Tribunal se apoya en la sentencia de casación de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia de Septiembre 9 de 1999, expediente 5005, Magistrado ponente Dr. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES, en la cual se sentó la siguiente doctrina:

"1. Si, como hoy universalmente se acepta, la labor de interpretación y aplicación de la ley a cargo del juzgador solamente rinde verdaderos frutos, cumpliendo a cabalidad su cometido, cuando lo conducen a decisiones razonables y justas, es decir, cuando hace de la ley un instrumento de justicia y equidad, tórnase forzoso sentar que, justamente, ante la ausencia de norma expresa que prohíbe la corrección monetaria en nuestra legislación y dado que la inestabilidad económica del país y el creciente deterioro del poder adquisitivo del dinero son circunstancias reales y tangibles que no pueden pasar desapercibidas al juez a la hora de aplicar los preceptos legales que adoptan como regla general en la materia, el principio nomilanista, el cual, de ser aplicado ciegamente conduciría a graves e irreparables iniquidades, ha concluido la Corte, que ineludibles criterios de justicia y equidad imponen condenar al deudor a pagar en ciertos casos, la deuda con corrección monetaria.

"Si bien no puede desconocerse que en alguna oportunidad la Corte justificó la corrección monetaria de las condenas en la necesidad de indemnizar un daño emergente, no lo es menos que en la actualidad, en todos aquellos eventos en los cuales de manera concreta ha inferido la necesidad de reconocerla, ha acudido explícita o implícitamente, como fundamento de tal reconocimiento a la equidad, entendida no como un principio general del derecho, sino, en acatamiento de lo previsto por el artículo 230 de la Constitución Política colombiana, como un instrumento

auxiliar de la interpretación judicial que permite ahondar en las normas jurídicas en búsqueda de esa justicia.

"Más exactamente, dado que equidad, además de constituir un criterio o pauta para la interpretación del derecho, admitido por la tónica judicial. Asume, por mandato constitucional, la función interpretativa del carácter abstracto de la ley para adaptarla a las circunstancias específicas de cada hipótesis en ella previstas, permitiéndole al juez profundizar en el contenido de una norma con miras a deducir la justa solución de un conflicto, se ha constituido, en no pocas ocasiones, quizás la mayoría, en una imprescindible herramienta que le ha permitido a la Corte ahondar en los preceptos legales que gobiernan los distintos asuntos con miras a encontrar en ellos alcances que convengan con la justicia impidiendo que determinado acreedor soporte el riesgo de la depreciación de la moneda. De la mano de tal instrumento, principios que informan el ordenamiento jurídico colombiano, tales como el del equilibrio contractual o el de la integralidad del pago, justifican con creces su reconocimiento en aquellos eventos en los cuales han tenido cabida".

Para el Tribunal es menester reconocer entonces la necesidad de aplicar la corrección monetaria a la suma que en este mismo fallo se declara a favor de la misma convocante, como resultado de la verificación contable que realizaron los expertos financieros y contables, que se dejó antes referida y que se señalará en la parte resolutive de este laudo.

No se trata de un pronunciamiento en equidad, aunque, por supuesto, ciertas normas de derecho positivo que el Tribunal quiere aplicar se inspiran en ella. El mantenimiento de la capacidad adquisitiva del dinero, es un criterio que el Tribunal debe adoptar para acatar la regla constitucional que garantiza la propiedad y los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución Política), y la que obliga al Estado, y a quienes administran justicia en su nombre, a velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda (artículo 373). La Corte Constitucional se ha pronunciado en similar sentido, y este Tribunal acata su doctrina.

Y en aplicación de las consideraciones que atrás se hicieron la corrección monetaria en cuestión se aplicara sobre la base del índice de precios al consumidor (IPC), Y a partir del 30 de junio de 199, por haber sido esa la fecha que las partes del contrato de cesión de activos, pasivos y contratos estipularon como la de "perfeccionamiento y vigencia" de ese contrato en el otrosí que suscribieron el 29 de junio de 1999. La corrección se hará exigible junto con el capital inicial.

En cuanto a la indemnización por perjuicios morales, ha quedado demostrada y así lo acepta el Tribunal. que el contrato no adoleció de ningún vicio de los atribuidos por la demandante en la reforma a la demanda, ni tampoco fue cumplido en su ejecución, lo cual no puede devenir en una responsabilidad para la convocada, cuando falta la base para cualquier resarcimiento de perjuicios como lo determinan los articulas 1614, 1616 Y 1617 del Código Civil.

7. Costas y agencias en derecho

Teniendo en cuenta que, no ha prosperado ninguna de las pretensiones de la demanda, habrá de condenarse en costas a la parte actora; según la liquidación que hará la secretaría. Se señalan como agencias en derecho para la parte actora una cifra igual a la de los honorarios de cada uno de los árbitros.

Liquidación

1. Valor suma total por honorarios de los tres árbitros del Tribunal incluyendo el impuesto al valor agregado (IVA): \$696.000.000.=
2. Suma de dinero fijada en la audiencia de instalación al Secretario del Tribunal por concepto de honorarios, más el impuesto al valor agregado (IVA): \$116.000.000.=
3. Valor suma fijada por el Tribunal para gastos de funcionamiento: \$50.000.000=

4. Valor cantidad fijada por el Tribunal por concepto de costos de administración del mismo: \$40.000.000.=
SUBTOTAL \$902.000.000.=

5. Valor honorarios señalados por el Tribunal a cada uno de los peritos contadores EDUARDO JIMENEZ RAMIREZ y HORACIO AYALA VELA \$40.000.000.=

TOTAL HONORARIOS PERITOS CONTADORES : \$80.000.000.=

6. Valor honorarios señalados por el Tribunal a cada uno de los peritos financieros GUILLERMO A. OROZCO H. y LUIS ALBERTO ZULETA J. \$50.000.000.=

TOTAL HONORARIOS PERITOS FINANCIEROS : \$100.000.000.=

7. Valor suma de gastos depositada por FIDUCIARIA FES FIDU FES S.A. liquidadora de Financiera FES (en Liquidación), según certificado que obra al folio 283 del cuaderno de actas, al perito contador EDUARDO JIMENEZ RAMIREZ, suma fijada por el Tribunal a éste y al perito contador HORACIO AYALA VELA mediante auto 07 del 20 de noviembre de 2001. \$10.000.000.=

VALOR TOTAL COSTAS MATERIALES: \$1.082.000.000.=

VALOR TOTAL AGENCIAS EN DERECHO: \$ 200.000.000

SUMA TOTAL: \$1.282.000.000.=

CAPITULO CUARTO

DECISIONES

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para

resolver en derecho las diferencias surgidas entre las partes con ocasión de la celebración y la ejecución del "contrato de cesión de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimiento de comercio" que suscribieron la Fundación para la Educación Superior -FES y Financiera Estelar SA Compañía de Financiamiento Comercial el 28 de junio de 1999, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1° Declarar probadas, en la forma y con los términos y el alcance de que se da cuenta en la parte motiva del presente laudo, las excepciones de mérito formuladas por la parte convocada.

2° Negar, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo, todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias formuladas por la parte convocante, tanto en el escrito de demanda inicial, como en el posterior de reforma de la misma. Se tiene en cuenta que las pretensiones relacionadas con la organización del Tribunal, se cumplieron con el trámite de este proceso.

3° Declarar no probadas en la forma y con los términos y el alcance de que se da cuenta en la parte motiva del presente laudo, las excepciones propuestas por la parte convocante en su escrito de contestación a la demanda de reconvención.

4° Se declara que la actividad DEBIDA DILIGENCIA a que se refiere la Cláusula Quinta del Contrato de Cesión suscrito el 28 de junio de 1999 entre la FUNDACIÓN PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR FES SOCIAL y la FINANCIERA ESTELAR S.A., ahora FINANCIERA FES S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL, sí se efectuó.

5° Se declara que como consecuencia de esa debida diligencia se determinó el valor real de la cesión del contrato a que se refiere la primera pretensión; valor no aceptado por las partes.

6° Se declara que como consecuencia de una orden de la Superintendencia Bancaria a la FINANCIERA FES S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL, la FINANCIERA FES tuvo que efectuar

unos determinados ajustes, provisiones y contabilizaciones que afectaron los bienes objeto del contrato de cesión, en la forma y cuantías que se indicaron en la parte motiva.

7° Se declara que la Superintendencia Bancaria ordenó a la FINANCIERA FES "la devolución a la Fundación FES de los activos, pasivos y contratos que por su naturaleza, origen de los recursos y destinación no formaban parte del patrimonio" de la Financiera FES, cuyas cifras y características se expusieron en el relato de los hechos y en la parte motiva.

8° Se declara que, para ejecutar lo anterior, la Superintendencia Bancaria ordenó a la FINANCIERA FES S.A. adelantar los trámites necesarios para una devolución de bienes, con el fin de dar cumplimiento a la instrucción impartida, lo que se cumplió por la FINANCIERA FES S.A. en la forma descrita en los antecedentes y en la parte motiva de este laudo.

9° No se accede a declarar que el "contrato de cesión" del 28 de junio de 1999, o el "Acta de entrega" del 26 de noviembre de 1999, así como cualquiera otra devolución que con fundamento en el primero de estos negocios jurídicos hubiere efectuado la FINANCIERA FES S.A. (antes Financiera Estelar S.A.) a la 'FUNDACIÓN FES carecieron de causa comercial o lucrativa, pese a haberse hecho en cumplimiento y ejecución de órdenes e instrucciones, no impugnadas, de los órganos de control e inspección de la actividad financiera.

10° Se declara que, como consecuencia de las devoluciones o retro-cesiones efectuadas por la FINANCIERA FES SA a la FUNDACIÓN PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR FES SOCIAL y una vez realizadas las cuentas y verificaciones que se solicitaron, la FINANCIERA no se encuentra a Paz y Salvo respecto de la FUNDACIÓN por razón de aquellas devoluciones o retrocesiones, sino que debe devolver un remanente de bienes por el monto de diecisiete mil ciento dieciocho millones cuatrocientos treinta y tres mil trescientos noventa y cuatro pesos con ochenta y dos centavos (\$17.118.433.394.82) m/cte, mas su corrección monetaria, y sin intereses, según quedó dicho en la parte motiva del presente laudo, en dinero. Esta suma es exigible a partir de la

ejecutoria del laudo.

11° Declarar que la Financiera FES debe pagar a la Fundación FES el valor correspondiente a la corrección monetaria de la suma señalada en el punto anterior, aplicando el índice de precios al consumidor (IPC), desde el 30 de junio de 1999, según se dijo en la parte motiva del presente laudo.

12° Condenar en costas a la parte convocante, la Fundación FES, habida consideración de que no prosperó ninguna de sus pretensiones, Agencias en derecho iguales a los honorarios de un arbitro en este proceso. Todo ello en la cuantía indicada en la parte motiva de este laudo.

13° Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarias del círculo de Cali.

14° Por Secretaría, envíese copia de este laudo a la Procuraduría General de la Nación.

15° Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.

16° Si hubiere lugar a aclaraciones, complementaciones o correcciones del laudo, las mismas serán resueltas en audiencia que se llevará a cabo el próximo 14 de noviembre de 2.002 a las 3: 00 p.m.

NOTIFIQUESE.

JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARREÑO

Presidente

ALFONSO MORA TEJA DA

Arbitro

HUGO PALACIO MEJIA

Arbitro

SIMON PAYAN MORENO

Secretario