

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

SALAZAR CALDAS & CIA. S.C.A.

Vs.

ILLIMANI'S BUILDING CONSTRUCTOR S.A., IBICO S.A.

LAUDO ARBITRAL

Cali, diez (10) de Diciembre de dos mil ocho (2008).

En atención a que se encuentran cumplidas las etapas procesales previstas en las normas legales que regulan el proceso arbitral (Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991, Ley 446 de 1998 y Decreto 1818 de 1998) procede este Tribunal de Arbitramento a decidir, mediante el presente Laudo arbitral, las diferencias surgidas entre la sociedad SALAZAR CALDAS & CIA. S.C.A., como parte convocante y reconvenida, y la sociedad ILLIMANI'S BUILDING CONSTRUCTOR S.A., IBICO S.A., como parte convocada y reconviniente. En adelante el Laudo podrá referirse a ellas así: SALAZAR CALDAS a la convocante y reconvenida; e IBICO a la convocada y reconviniente.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1.1. LA CLAÚSULA COMPROMISORIA.

La cláusula compromisoria quedó contenida en el Contrato de Asociación y Cuentas en Participación suscrito entre SALAZAR CALDAS e IBICO el 12 de Mayo de 2006 y es del siguiente tenor:

“DÉCIMO TERCERO.- CLÁUSULA COMPROMISORIA: Todas las diferencias que ocurran entre la SOCIEDAD GESTORA y LA SOCIEDAD PARTICIPE, por razón de este contrato durante su celebración, ejecución, interpretación, distribución, liquidación, determinación o de cualquier otro tipo, se someterán a la decisión de un árbitro designado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali y cuyo trámite se regirá por las normas sobre arbitramento consagradas en la ley 446 de 1998 y Decreto 1818 de Septiembre 17 de 1998. Se fallará en derecho si es una diferencia diferente a la liquidación de la participación de las sociedades en el beneficio. Será un arbitraje técnico si la diferencia versa sobre la liquidación de la distribución del beneficio.”

1.2. LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO Y SU DESARROLLO.

1.2.1. La sociedad SALAZAR CALDAS & CIA. S.C.A., a través de su apoderado judicial, Dr. Diego Suárez Escobar, solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento mediante demanda presentada al Centro de Conciliación y Arbitraje de la CÁMARA DE COMERCIO DE CALI el día 21 de Febrero de 2008, con el fin de que se resolvieran por la vía arbitral las diferencias ocurridas entre la convocante y la sociedad ILLIMANI'S BUILDING CONSTRUCTOR S.A., IBICO S.A. con motivo de la interpretación y desarrollo del Contrato denominado ASOCIACIÓN Y CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, de fecha 12 de mayo de 2006, y con motivo de la liquidación de los beneficios derivados del convenio.

1.2.2. Presentada en debida forma la solicitud de convocatoria, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la CÁMARA DE COMERCIO DE CALI procedió a designar árbitro único mediante sorteo público, resultando escogido el Dr. José Félix Escobar Escobar. La designación se le comunicó al Dr. Escobar Escobar mediante comunicación de 6 de Marzo de 2008, quien aceptó en carta de 10 de Marzo de 2008.

1.2.3. El 26 de Marzo de 2008 se declaró instalado el Tribunal de Arbitramento. Ante la existencia de un pasaje oscuro en la cláusula compromisoria, que podría llevar a pensar que las diferencias ocurridas deberían ser objeto de la decisión de un arbitraje técnico, las partes

de común acuerdo interpretaron ese pasaje oscuro para manifestar que las diferencias ocurridas son netamente jurídicas y deben ser falladas en derecho.

1.2.4. Acto seguido, en la misma audiencia, se designó como Presidente al árbitro único; se nombró como Secretaria a la doctora Luzbian Gutiérrez Marín, quien aceptó el nombramiento; se fijó en seis (6) meses el término de duración del arbitramento, contado a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite; y se reconoció personería a los apoderados de la parte convocante, doctores Diego Suárez Escobar como principal y Viviana Marín Ramírez como sustituta, y al apoderado de la parte convocada doctor Víctor Manuel Marín Hernández.

1.2.5. Según consta en acta No. 1 correspondiente a la audiencia del 3 de Abril de 2008, la demanda fue inadmitida por falta de precisión y claridad.

1.2.6. Oportunamente la parte convocante subsanó la demanda, por lo cual su convocatoria fue admitida, tal como consta en el Acta No. 2 de 17 de Abril de 2008.

1.2.7. La parte convocada, dentro del término legal, contestó la demanda y propuso excepciones.

1.2.8. El día 2 de Mayo de 2008 la parte convocada formuló demanda de reconvención, la cual fue admitida mediante auto No. 4 de fecha 10 de Mayo de 2008 (Acta No. 3).

1.2.9. La parte convocante reconvenida contestó la demanda de reconvención y formuló excepciones.

1.2.10. Ambas partes recorrieron el traslado de las excepciones propuestas, tanto en la demanda de convocatoria arbitral como en la demanda de reconvención.

1.2.11. Tal como se aprecia en el acta No. 4, en la audiencia de 5 de Junio de 2008 se constató la imposibilidad de encontrar una solución conciliatoria entre las partes y se procedió a fijar honorarios y gastos.

1.2.12. Satisfecha por las partes la carga procesal de consignar honorarios y gastos, procedió el Tribunal en audiencia de 3 de Julio de 2008 a asumir su competencia definitiva

y a decretar pruebas. Como puede verse en el expediente, el Tribunal decretó algunas de las pedidas, negó otras y decretó pruebas de oficio. Las partes desistieron de algunas pruebas. Todas las pruebas decretadas han sido practicadas.

1.2.13. En la audiencia del 16 de Julio de 2008 se sustituyó al perito economista Fabio Villegas Orrego por Jorge Enrique Gálvez Velásquez, por cuanto el designado inicialmente guardó silencio en cuanto a su aceptación. El Dr. Gálvez Velásquez aceptó y se posesionó. Igualmente tomó posesión del cargo la perito contadora, Dra. Miryam Caicedo Rosas.

1.2.14. Ambos peritos rindieron sus dictámenes en tiempo oportuno.

1.2.15. De los dictámenes periciales se corrió traslado a las partes mediante auto No. 20 de 12 de Septiembre de 2008. Ambas partes solicitaron aclaración y complementación de los dictámenes.

1.2.16. Los peritos presentaron sendas aclaraciones a los dictámenes inicialmente rendidos. Por fuera de audiencia la parte convocante y reconvenida radicó memorial en el cual se opuso a la manera como el representante procesal de IBICO había solicitado aclaración de varias de las respuestas de los peritos, por considerar que ello implicaba el sometimiento de nuevos puntos a la decisión de los expertos.

1.2.17. Transcurrido el término hábil para ello, se comprobó por secretaría que las partes guardaron silencio frente a las aclaraciones presentadas, por lo cual se considera que los dictámenes periciales no fueron contradichos.

1.2.18. Las pruebas decretadas fueron practicadas, como se observa en el expediente.

1.2.19. El Tribunal citó a convocante y convocada para alegar de conclusión en audiencia del día 5 de Noviembre de 2008.

1.2.20. Las partes presentaron sus alegaciones finales.

1.2.21. Se señaló para la audiencia de expedición del Laudo el día diez (10) de Diciembre de dos mil ocho (2008).

CAPÍTULO SEGUNDO

PRESUPUESTOS PROCESALES

2.1. Este Tribunal de Arbitramento es competente para decidir las diferencias surgidas entre la sociedad SALAZAR CALDAS & CIA. S.C.A., como parte convocante y reconvenida, y la sociedad ILLIMANI'S BUILDING CONSTRUCTOR S.A., IBICO S.A., como parte convocada y reconviniente, a con ocasión del contrato de Asociación y Cuentas en Participación suscrito entre SALAZAR CALDAS e IBICO el 12 de Mayo de 2006.

2.2. Tanto la convocante como la convocada tienen capacidad jurídica, por ser sujetos de derecho, y capacidad procesal para comparecer a este Tribunal.

2.3. La demanda fue subsanada y consecuentemente admitida por reunir los requisitos de los artículos 75 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

2.4. La parte convocada se notificó de la demanda; la contestó oportunamente; propuso excepciones de mérito; y formuló demanda de reconvenición.

CAPÍTULO TERCERO

LOS HECHOS DE LA DEMANDA

3.1. Por medio de documento privado de fecha 24 de noviembre de 2004 las sociedades SALAZAR CALDAS & CIA. S.C.A. e IBICO celebraron un Contrato de Asociación y Cuentas en Participación, el cual se aporta a este documento como ANEXO No.2, con la finalidad de adelantar un proyecto de construcción denominado “Torres de Camelot”, en un lote conocido como LOTE D2, ubicado en esta ciudad de Cali, en la esquina norte oriental de la intersección de la Avenida Circunvalación con la proyectada prolongación de la carrera 37.

3.2. En la cláusula décima quinta del contrato antes referido los contratantes acordaron que SALAZAR CALDAS & CIA. S.C.A. tendría la opción, y por tanto el derecho de preferencia, de intervenir en el negocio de compra del denominado LOTE D3, contiguo al LOTE D2, en el cual se pretendía para ese momento desarrollar otro proyecto de construcción de características similares, precisando que si mi representada ‘hacía uso de dicho derecho se celebraría un nuevo Contrato de Asociación y Cuentas en Participación que en su desarrollo y condiciones se sujetaría a las mismas normas y reglas pactadas en el contrato mencionado en el hecho anterior.

3.3. A través de documento privado de fecha 31 de agosto de 2006, que se adjunta a este escrito como ANEXO No. 3, las partes contratantes interpretaron y modificaron el contrato al que se refieren los hechos anteriores habiendo precisado en el antecedente número 5 de dicho documento lo siguiente: “las partes acordaron que a más tardar, y en forma trimestral y, una vez se iniciara el proyecto LA SOCIEDAD GESTORA procedería a presentar una relación de las ventas de los inmuebles resultantes de la construcción a la SOCIEDAD PARTÍCIPE, si esta lo consideraba necesario, y pactaron además que una vez presentada esta información y conforme al flujo de caja que arrojaran las ventas del proyecto LA SOCIEDAD GESTORA podría hacer anticipos a la SOCIEDAD PARTICIPE del monto del beneficio que le correspondería por el contrato en mención.

3.4. En desarrollo de lo acordado en la cláusula décima quinta del contrato mencionado en el hecho número 1 anterior, y siguiendo el mismo esquema contractual, la CONVOCANTE y la CONVOCADA celebraron un contrato comercial para la ejecución del proyecto “Mirador de Avalon”, documento al que denominaron “CONTRATO DE ASOCIACIÓN Y CUENTAS EN PARTICIPACIÓN”, el cual se encuentra contenido en documento privado suscrito por sus representantes legales el día 12 del mes de mayo del año dos mil seis (2006). Este documento se aporta al presente escrito como ANEXO No 4.

3.5. Conforme al contrato en mención la sociedad IBICO adquirió la calidad de partícipe gestor bajo la denominación SOCIEDAD GESTORA, en tanto que mi representada adquirió la calidad de partícipe aportante u oculto bajo la denominación contractual SOCIEDAD PARTÍCIPE.

3.6. Constituye el objeto del referido contrato que la sociedad gestora bajo su cuenta y riesgo y con el aporte de la sociedad partícipe, se obligó a desarrollar un proyecto de construcción sobre un lote de terreno conocido como LOTE D3 que tiene una extensión superficial de 14.099,39 M2, cuya descripción y linderos quedaron consignados en la cláusula primera del referido acuerdo de voluntades.

3.7. El proyecto que se obligó a construir la sociedad gestora fue descrito en la cláusula primera del contrato de la siguiente manera: “(...) MIRADOR DE AVALON, proyecto en pleno corazón de la Reserva de Cristales, sobre la nueva Avenida Circunvalar, proyecto que constara de CINCO espléndidas torres de 48 apartamentos cada una, en conjunto cerrado, con grandes zonas verdes, áreas de descanso, piscina de niños y de adultos, baño turco y sauna, gran salón comunal para reuniones y encuentro de las familias. Cada torre consta de 48 apartamentos, cuatro por piso y atendidos por dos ascensores con amplio hall de acceso en cada piso, shut de basuras seleccionadas y un nivel de sótano para dos parqueaderos y un depósito para cada apartamento. Constará de tanque de almacenamiento de agua para cada torre, planta de emergencia, red contra incendio, equipo de bombeo, red de gas. El apartamento tipo consta de 111,70 metros cuadrados, sala, comedor, baño social, alcoba principal con baño y vestier, dos alcobas auxiliares, baño de alcobas, estar de televisión o estudio, balcón, cocina, zona de oficios, alcoba de servicio con baño.”

3.8. Constituyó igualmente parte del objeto del contrato, según se desprende del contenido de la cláusula segunda del mismo, la obligación de la sociedad gestora de rendir cuentas al finalizar cada etapa del proyecto o trimestralmente o cuando se lo solicite la sociedad partícipe y distribuir el beneficio en el porcentaje señalado en la cláusula octava del referido contrato.

3.9. Igualmente convinieron los contratantes que la sociedad partícipe no asumirá pérdidas en la operación desarrollada por la sociedad gestora y que la responsabilidad de aquella se limita únicamente al valor de su aportación.

3.10. Que conforme a los términos de las cláusulas segunda y tercera del contrato constituye la única obligación de la sociedad partícipe el aporte del cincuenta por ciento (50%) del valor del lote de terreno conocido como LOTE D3, sobre el cual se proyectó la construcción del proyecto.

El valor aportado por la sociedad partícipe fue la suma de ochocientos cuarenta millones doscientos cuarenta y siete mil seiscientos sesenta pesos con cincuenta centavos

(\$840.247.660,50) que fueron pagados de la siguiente manera: a) el día 29 de julio de 2.004 se pagaron veinticinco millones de pesos (\$ 25.000000.00); b) el día 17 de julio de 2005 se pagaron ciento ochenta y dos millones ciento sesenta y ocho mil seiscientos veintiocho pesos (\$182.178.628.00); c) el día 23 de diciembre de 2005 se pagaron ciento noventa y nueve millones quinientos mil pesos (\$199.500.000.00); d) el día 6 de diciembre de 2.005 se pagaron ochenta y dos millones ochocientos veintiséis mil cincuenta y cuatro pesos (\$82.826.054.00); e) el día 16 de febrero de 2.006 se pagaron ciento veintinueve millones seiscientos cuarenta y siete mil treinta y seis pesos (\$129.647.036.00); 1) el día 6 de abril de 2.006 se pagaron trece millones ciento ochenta y cinco mil seiscientos cuarenta y ocho pesos (\$13.185.648.00); g) el día 6 de junio de 2.006 se pagaron setenta millones ciento cuarenta y ocho mil quinientos noventa y seis pesos (\$70.148.596.00); h) el día 4 de agosto de 2.006 se pagaron sesenta y nueve millones trescientos tres mil cuatrocientos treinta y dos pesos (\$69.303.432.00); i) el día 6 de octubre de 2.006 se pagaron sesenta y ocho millones cuatrocientos cincuenta y ocho mil doscientos sesenta y ocho pesos (\$68.458.268.00).

De igual manera fue compromiso de mi representado el pago de treinta dos millones ciento noventa y siete mil ochocientos siete pesos (\$32.197.807), los cuales por acuerdo verbal entre las partes fueron asumidos por la sociedad gestora para ser cruzados posteriormente con el beneficio económico que le correspondería a la sociedad partícipe.

3.11. Que conforme a lo previsto en la cláusula cuarta del contrato la sociedad gestora adquirió una serie de obligaciones de las cuales destaco las siguientes por ser las más relevantes para nuestra argumentación:

- a. A estructurar técnica, financiera y jurídicamente el proyecto de construcción a desarrollar.
- b. A promover, vender y suscribir las promesas de compraventa con los compradores del proyecto que se va a desarrollar, buscando llegar a la mayor brevedad posible al punto de equilibrio.
- c. A rendir cuentas comprobadas y detalladas de su gestión en los términos señalados en el contrato y a cancelar las participaciones en el beneficio dentro del término pactado.
- d. A suministrar en forma permanente toda la información financiera, técnica, jurídica y contable requerida por la sociedad partícipe.
- e. A que sus administradores obrarán de buena fe, con lealtad y con diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés del contrato y de la sociedad partícipe teniendo en cuenta los intereses de las partes.

3.12. Conforme a lo previsto por el numeral 4.13 de la cláusula cuarta del contrato la sociedad gestora se obligó a consagrar su tiempo a la administración y ejecución de los negocios y operaciones de la asociación y pondrá en ello sus conocimientos, capacidad, conexiones comerciales y crédito personal.

3.13. Las partes acordaron que los siguientes serían los beneficios económicos de la sociedad partícipe en el proyecto de construcción objeto del contrato de cuentas en participación:

- a. el tres por ciento (3%) de las ventas brutas totales del proyecto;
- b. la suma de ochocientos cuarenta millones doscientos cuarenta y siete mil seiscientos sesenta pesos con cincuenta centavos (\$840.247.660,50), por concepto de la devolución del valor del aporte realizado por la sociedad partícipe para la compra del lote de terreno denominado LOTE D3, habiéndose pactado que sobre este valor no se reconocería indexación alguna;
- c. la suma de ochocientos cuarenta millones doscientos cuarenta y siete mil seiscientos sesenta pesos con cincuenta centavos (\$840.247.660,50), por concepto de reconocimiento de la valorización del terreno, la cual fue acordada en esta suma por los contratantes, habiéndose precisado que en torno a la misma no se reconocería indexación alguna.

3.14. Tanto el porcentaje sobre las ventas como la rentabilidad a las que se refiere el hecho anterior constituyeron razones fundamentales para que la convocante celebrara el Contrato de Asociación y Cuentas en Participación con IBICO, pues es estos rubros encuentra la

utilidad que constituye la rentabilidad de su inversión, habida cuenta de que los dineros invertidos en el lote de terreno no le generarán utilidad alguna.

3.15. La cláusula décima primera del contrato establece que para la distribución del beneficio, una vez iniciado el proyecto, la sociedad gestora debería presentar de manera trimestral una relación de las ventas debidamente realizadas y las promesas de compraventas suscritas, para que ésta procediera a realizar anticipos a la sociedad partícipe de lo que le correspondiera como beneficio en desarrollo del contrato.

3.16. Las partes declararon en la parte final de la cláusula primera del contrato que el mismo se celebró en consideración a que la sociedad gestora “es experta en desarrollar proyectos constructivos”.

3.17. IBICO inició el proyecto “Mirador de Avalon” con la puesta en venta de la primera de las 5 torres, conocida como la Torre A, en pos de lograr el punto de equilibrio, para lo cual se utilizó un mecanismo fiduciario pactado entre IBICO y la sociedad FIDUCIARIA FIDUCOLOMBIA.

3.18. Logrado el punto de equilibrio esperado se dio inicio a la construcción de esta primera etapa.

3.19. Según información suministrada por IBICO a mi representada, la sociedad gestora ha vendido la totalidad de los apartamentos que hacen parte de la Torre A del proyecto “Mirador de Avalon”, sin que se le haya suministrado a mi cliente información exacta de las fechas en que se celebraron dichas ventas, ni mucho menos las fechas en que ingresaron los dineros producto de ellas.

3.20. A la fecha en que se presenta esta solicitud de convocatoria no se ha liquidado, ni siquiera parcialmente, el beneficio a que tiene derecho mi cliente según lo convenido en el Contrato de Cuentas en Participación.

Cuando mi representada solicitó información a IBICO sobre el monto de las ventas para dimensionar su participación económica, lo único que recibió de la convocada fue un listado denominado “Precio de venta Mirador de Avalon Torre A”, en un documento que no tiene firmas y que tampoco fue impreso en papelería de la sociedad gestora. Ver ANEXO No. 5.

3.21. En virtud de un acuerdo verbal celebrado entre las partes contratantes mi representada aceptó como anticipo de su participación económica en el contrato al que vengo haciendo referencia la transferencia del derecho de propiedad de los apartamentos 704 y 904 que hacen parte de la citada Torre A del proyecto “Mirador de Avalon”, el primero por la suma de \$157.200.000 y el segundo por la suma de \$163.200.000.

Para efectos de lo anterior IBICO solicitó a la Notaría Once del círculo de Cali la elaboración de las escrituras públicas correspondientes, e impartió instrucción a mi representada de que compareciera ante el despacho notarial para suscribir los instrumentos públicos en mención. Ver ANEXOS 6 y 7.

3.22. La sociedad SALAZAR CALDAS & CIA. S.C.A., a través de su representante legal suscribió las escrituras públicas Nos. 3629 y 3630 ambas de fecha 13 de septiembre de 2007, y entregó a IBICO con destino a la Notaría Once de Cali, la suma de \$6.885.154 por concepto de derechos notariales y gastos de registro relacionados con la adquisición. Ver ANEXO No. 8.

3.23. No obstante lo anterior el representante legal de IBICO no acudió a la notaría a firmar en su calidad de parte vendedora, como tampoco gestionó la firma del representante legal de Bancolombia quien según la redacción de las escrituras públicas cuyo otorgamiento se frustró, debería haber firmado en señal de levantamiento del gravamen hipotecario que afecta a los inmuebles que se pretendían transferir.

Ante la inasistencia del representante legal de IBICO y el de Bancolombia la Notaría Once hizo constar en el texto de los documentos identificados como Escrituras Públicas Nos. 3629 y 3630 el siguiente texto: “El suscrito Notario Once Titular del Círculo de Cali, deja la siguiente constancia: A la fecha han transcurrido dos meses desde la firma del Señor ERNESTO SALAZAR RENTERIA, Representante Legal de la sociedad SALAZAR

CALDAS & CIA. S.C.A., sin que el Doctor FERNANDO RUIZ CÁCERES Representante legal de la sociedad ILLIMANIS (sic) BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A. y el Doctor RAMIRO BUITRAGO ISSA Apoderado Especial de BANCOLOMBIA S.A. se hayan presentado a firmar la minuta de escritura pública. En consecuencia se protocoliza el presente instrumento sin autorizar y se incorpora al protocolo. Artículo 10 Decreto 2148 de 1.983---Santiago de Cali, 14 de noviembre de 2.007” Como ANEXOS No. 9 y 10 se aportan copias auténticas de los instrumentos públicos a los que se refiere este inciso.

3.24. Como si lo anterior fuera poco IBICO, aunque recibió de la Notaría Once de Cali la devolución de los dineros pagados por la convocante, hasta la fecha no ha reintegrado dichos dineros a mi cliente lo que demuestra un claro abuso de su posición de preeminencia en el contrato. Ver ANEXO 11.

3.25. Como respuesta a los continuos reclamos de mi cliente, el señor Fernando Ruiz Cáceres, en su condición de representante legal de IBICO, se pronunció mediante comunicación de fecha 14 de diciembre de 2007 (la cual se aporta como ANEXO NO. 12), anunciando lo siguiente: a) que por razones de mercado había fijado los precios de la Torre A, que para ese momento estaba totalmente vendida, sin incluir la valorización pactada en el Contrato de Cuentas en Participación; y b) lo invitaba a suscribir un otro si en el cual se estipularía la renuncia de mi cliente a la valorización inicialmente convenida, y su aceptación para recibir apartamentos, y no dinero, como su beneficio dentro del contrato precisando que para la Torre A los apartamentos serían el 704 A y 904 A a los que hice referencia en el hecho 21, y para las restantes torres tendría preferencia en la selección de los apartamentos pero pagando la suma de \$5.000.000 como una supuesta cuota de separación.

3.26. En respuesta a la comunicación mencionada en el numeral anterior, el representante legal de SALAZAR CALDAS & CIA. S.C.A. se pronunció a través de carta fechada el 14 enero de 2008 (ver ANEXO No. 13) rechazando las razones esgrimidas por IBICO dado que esta sociedad dispuso o pretendió disponer de su derecho al fijar precios sin incluir la valorización de espaldas a la CONVOCANTE.

En la referida comunicación mi representada invitó a IBICO a cumplir con los compromisos adquiridos y a liquidar la Torre A según los términos del contrato.

3.27. La comunicación mencionada anteriormente fue contestada verbalmente por el señor Fernando Ruiz Cáceres en el sentido de no estar dispuesto a reconocer la valorización pactada, respuesta que sorprendió a mi cliente pues éste pudo observar como durante todo el proceso de ventas de la Torre A los precios se fueron incrementando. Luego, si los precios se pudieron incrementar, es lógico suponer que el mercado sí era receptivo a la oferta de estos apartamentos a un precio mayor es decir, incluyendo la valorización.

3.28. Ante la situación generada la sociedad SALAZAR CALDAS & CIA. S.C.A. contactó al suscrito abogado con la finalidad de explorar alternativas legales y mecanismos de conciliación que permitieran desatar el conflicto originado, efecto para el cual el día 17 de enero de 2008 envié al representante legal de IBICO una comunicación invitándolo a dialogar para encontrar alternativas de solución (ver ANEXO No. 14).

3.29. En respuesta a la comunicación a la que se refiere el hecho anterior se convino una reunión que se realizó el día 24 de enero de 2008 entre el señor Fernando Ruiz Cáceres, su abogada y el suscrito, en la cual el representante de la CONVOCADA aceptó expresamente que la valorización es un derecho contractual de la sociedad SALAZAR CALDAS & CIA. S.C.A., que en ese sentido no desconoce lo que el contrato estipula, pero que tiene razones de carácter económico para no haber incluido la valorización.

En dicha reunión el señor Ruiz invitó a mi cliente a que verificara a través de un auditor la contabilidad de IBICO a efectos de establecer que la valorización no hacía parte del presupuesto con base en el cual fueron fijados los precios de venta para la Torre A. De igual manera ofreció realizar algunos anticipos con cargo a la liquidación de la Torre A dejando por resolver la discusión relacionada con la valorización y prometiendo presentar

una alternativa de solución al conflicto en la semana que tenía como primer día hábil el 4 de febrero del año en curso.

3.30. El mismo día 24 de enero de 2008, previa discusión con mi cliente, dirigí una nueva comunicación al representante legal de IBICO informándole lo siguiente: a) que la revisión contable no sería realizada por cuanto no se trataba de verificar si la valorización había sido incluida en el presupuesto, sino que independientemente de ello, dicha valorización era un compromiso contractual de IBICO que debía ser pagado a mi cliente sin ninguna otra consideración; b) que mi cliente aceptaba su propuesta de recibir anticipos de la liquidación de la Torre A, en especial la transferencia del dominio de los apartamentos Nos. 704 y 904 de la citada torre; y c) que en todo caso estábamos dispuestos a escuchar la alternativa de solución que había prometido para la primera semana hábil del mes de febrero.

3.31. En el momento en que presento esta solicitud de convocatoria, la sociedad IBICO no ha entregado a mi cliente ninguna alternativa de solución como así lo prometió.

3.32. De lo pactado en el contrato, no se puede deducir con claridad el momento en que IBICO debe pagar a la CONVOCANTE su participación en el precio del lote, la valorización y el porcentaje de ventas, ocurriendo así un vacío que genera grandes perjuicios económicos a mi cliente por cuanto aunque IBICO ha recibido desde hace mucho tiempo los dineros producto de las ventas, no ha girado a Salazar Caldas & Cia. S.C.A. un sólo peso, situación que se torna especialmente gravosa en relación con el reintegro del valor del lote y la valorización, por cuanto estos fueron pactados en una suma fija sin indexación.

3.33. En relación con lo anterior, me permito destacar que el inciso segundo del Artículo 1622 del Código Civil establece como mecanismo de interpretación de un contrato el análisis de las cláusulas de otro contrato celebrado entre las mismas partes y en torno a la misma materia.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta lo ya expresado en los hechos 1 y 2 de la presente convocatoria, existe entre las partes otro contrato de asociación, que según lo por ellas convenido, dio origen al presente y debe constituir la base de su interpretación. Por esta razón y en armonía con lo previsto en la citada norma, si en el documento modificatorio de fecha 31 de agosto de 2006 las partes interpretaron que los pagos de la participación económica de la sociedad aportante se harían de acuerdo con el flujo de ingresos por ventas, es forzoso concluir que en el contrato que las mismas partes firmaron para el desarrollo del proyecto “Mirador de Avalon” se debe seguir el mismo procedimiento.

3.34. Los siguientes actos constituyen comportamientos que denotan abuso de la posición de preeminencia que IBICO tiene en el Contrato de Asociación y Cuentas en Participación celebrado con la sociedad SALAZAR CALDAS & CIA. S.C.A.:

- a) No haber realizado cortes trimestrales para liquidar y abonar a mi cliente lo que le corresponde como beneficio, obteniendo de esta manera un indebido provecho económico considerando el costo del dinero en el tiempo;
- b) no haber suscrito las escritura públicas relacionadas con la transferencia del dominio de los apartamentos 704 y 904 de la Torre A, a pesar de haber invitado a mi cliente a que acudiera a la notaría a firmar y haberlo inducido a pagar más de \$6.885.154 correspondientes a derechos notariales, boleta fiscal y derechos de registro;
- c) no haber restituido a mi cliente los dineros a que se refiere el literal anterior, no obstante haberlos recibido en devolución por parte de la Notaría Once de Cali;
- d) anunciar a mi cliente, después de haber vendido la totalidad de los apartamentos de la Torre A que no había incluido la valorización en el precio de ventas, cuando era claro que conforme al contrato era su responsabilidad revelar a la sociedad aportante toda información relevante;
- e) reducir el beneficio económico de mi cliente al no incluir la valorización dentro de los precios, impidiéndole obtener el 3% pactado sobre ventas brutas en el componente correspondiente a dicha valorización;

- f) con el comportamiento al que se refiere el literal anterior pretender desconocer de manera unilateral una estipulación contractual que fue determinante para que la sociedad convocante celebrara el Contrato de Cuentas en Participación;
- g) la comunicación enviada por la CONVOCADA el día 14 de diciembre de 2007, así como el texto de la modificación que propuso al contrato, demuestran que la no transferencia del dominio de los apartamentos 704 y 904, así como la no entrega de ningún valor como anticipo a la liquidación de la torre A, constituyen factores de presión indebida para obligar a mi representada a renunciar a la valorización previamente convenida;
- h) el no suministro de información técnica y financiera en los términos previstos por el contrato;
- i) la no entrega de las promesas de compraventa de los apartamentos correspondientes a la Torre A, lo cual le impide a mi cliente precisar los precios de venta así como las fechas en que ingresaron los dineros pagados por los compradores; y
- j) pretender que el pago del beneficio de la sociedad partícipe se haga con apartamentos previo el pago por parte de ésta de la suma de \$5.000.000 por cada apartamento, exigencia que no tiene ningún sentido si se tiene en cuenta que mi representada no estaría comprando los apartamentos sino recibiendo en pago, razón por la cual no tendría por qué pagar anticipo alguno.

3.35. Las partes convinieron en la cláusula décimo tercera del Contrato de Asociación y Cuentas en Participación celebrado el 12 de mayo de 2006 que en caso de conflictos, los mismos serían resueltos por el mecanismo arbitral, cláusula cuyo texto es el siguiente: “DÉCIMO TERCERO.- CLÁUSULA COMPROMISORIA: Todas las diferencias que ocurran entre la SOCIEDAD GESTORA y LA SOCIEDAD PARTICIPE, por razón de este contrato durante su celebración, ejecución, interpretación, distribución, liquidación, determinación o de cualquier otro tipo, se someterán a la decisión de un arbitro designado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali y cuyo tramite se regirá por las normas sobre arbitramento consagradas en la ley 446 de 1998 y Decreto 1818 de Septiembre 17 de 1998. Se fallará en derecho si es una diferencia diferente a la liquidación de la participación de las sociedades en el beneficio. Será un arbitraje técnico si la diferencia versa sobre la liquidación de la distribución del beneficio.”

3.36. Las diferencias planteadas en estos hechos no tienen que ver con la manera como se debe liquidar el beneficio, sino con la interpretación del contrato y el incumplimiento de la CONVOCADA.

CAPÍTULO CUARTO

LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La parte convocante pretende:

I – PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. Que se interprete el Contrato de Asociación y Cuentas en Participación suscrito entre CONVOCANTE y CONVOCADA el día 12 de mayo de 2006 en los siguientes sentidos:

- a) Que la valorización convenida en favor de Salazar Caldas & Cia. S.C.A. es un derecho contractual que no puede ser modificado unilateralmente por IBICO.
- b) Que si IBICO decide no involucrar la valorización convenida en el presupuesto para determinar los precios de venta de todos los apartamentos que conforman las diferentes

etapas del proyecto Mirador de Avalon, de todas maneras deberá reconocer a la sociedad partícipe el monto de dicha valorización.

c) Que si IBICO decide no involucrar la valorización convenida en el presupuesto para determinar los precios de venta de todos los apartamentos que conforman las diferentes etapas del proyecto “Mirador de Avalon”, de todas maneras deberá reconocer a la sociedad partícipe el tres por ciento (3%) de dicho valor, en el entendido de que el mismo, según lo convenido entre las partes, siempre se habría tenido en cuenta para fijar el precio a los compradores finales.

d) Que para efectos de la liquidación del beneficio pactado en favor de Salazar Caldas & Cia. S.C.A., consistente en el tres por ciento (3%) de las ventas, se tienen que considerar las fechas en que todos y cada uno de los compradores realizaron pagos a IBICO, y que a partir de dichas fechas se causan intereses corrientes a favor de la sociedad partícipe.

e) Que cada tres (3) meses contados a partir de la iniciación de cada etapa, entendido como tal el día que se inicien las ventas al público, se realice un corte de cuentas, fecha en la cual se debe pagar a la sociedad partícipe el tres por ciento (3%) de los ingresos brutos por ventas así como la parte, proporcional a lo vendido, del valor pactado para el lote de terreno y la valorización.

f) Que en todo caso la liquidación final de cada etapa se hará el día siguiente a la fecha en que IBICO suscriba la escritura pública de compraventa del último de los apartamentos vendidos, sin perjuicio de que para ese instante no hayan transcurrido más de tres (3) meses contados desde el último corte parcial.

g) Que si no se realiza el pago a la sociedad partícipe en los términos del literal anterior se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada por la ley, sin perjuicio de que la sociedad partícipe pueda adelantar las acciones judiciales pertinentes por incumplimiento del contrato.

2. Declarar que IBICO incumplió el Contrato de Asociación y Cuentas en Participación suscrito con Salazar Caldas & Cia. S.C.A. al no haber realizado cortes trimestrales para efectos de la liquidación parcial del beneficio pactado en favor de la sociedad convocante.

3. Que IBICO incumplió la cláusula 4.10 del Contrato de Asociación y Cuentas en Participación al ejecutarlo faltando al principio de buena fe, al no haber actuado con lealtad y por haber orientado sus comportamientos en beneficio propio y no en interés del contrato y de la sociedad partícipe.

4. Que como consecuencia de la declaración anterior se declare que igualmente IBICO ha abusado de su posición de preeminencia en el contrato, razón por la cual debe indemnizar a la convocante.

II - PRETENSIONES DE CONDENA.

1. Que se condene a IBICO a pagar a Salazar Caldas & Cia. S.C.A. el tres por ciento (3%) del monto total de las ventas de los apartamentos que hacen parte integrante de la Torre A del proyecto “Mirador de Avalon”, pago que deberá realizarse el día siguiente a la fecha en que quede ejecutoriado el laudo con que se ponga fin al presente trámite arbitral.

2. Que se condene a IBICO a pagar a Salazar Caldas & Cia. S.C.A. el tres por ciento (3%) de la valorización proporcional de Lote por la Torre A, bajo el entendido que de acuerdo con lo pactado por las partes dicha valorización debió ser tomada en cuenta para determinar el precio de venta a los compradores finales. Este pago deberá realizarse el día siguiente a la fecha en que quede ejecutoriado el laudo con que se ponga fin al presente trámite arbitral.

3. Que se condene a IBICO a pagar a Salazar Caldas & Cia. S.C.A. el valor proporcional del lote de terreno D3 ocupado con la Torre A del proyecto “Mirador de Avalon”, teniendo en cuenta para ello lo establecido en el dictamen pericial en armonía con lo convenido en la cláusula cuarta del contrato. Este pago deberá realizarse el día siguiente a la fecha en que quede ejecutoriado el laudo con que se ponga fin al presente trámite arbitral.

4. Que se condene a IBICO a pagar a Salazar Caldas & Cia. S.C.A. el valor proporcional de la valorización del lote de terreno D3 ocupado con la Torre A del proyecto “Mirador de Avalon”, teniendo en cuenta para ello lo establecido en el dictamen pericial en armonía con lo convenido en la cláusula cuarta del contrato. Este pago deberá realizarse el día siguiente a la fecha en que quede ejecutoriado el laudo con que se ponga fin al presente trámite arbitral.
5. Que se condene a IBICO a restituir a la sociedad Salazar Caldas & Cia. S.C.A. la suma de \$6.885.154 por concepto de derechos notariales, impuesto de anotación y registro y derechos de registro correspondientes a las Escrituras Públicas No. 3629 y 3630 de fecha 13 de septiembre de 2007 cuyo otorgamiento se frustró por los incumplimientos de IBICO.
6. Que a manera de indemnización de perjuicios por los incumplimientos en los que incurrió IBICO reconozca a favor de Salazar Caldas & Cia. S.C.A., intereses calculados a la tasa de mora más alta autorizada por la ley sobre cada uno de los rubros a los que se refieren los numerales 1., 2., 3., 4. y 5 anteriores, de acuerdo con el contenido del dictamen pericial.
7. Pretensión subsidiaria: En caso de no ser aprobada por el tribunal la pretensión a la que se refiere el numeral sexto anterior, solicito que la misma se declare liquidando la indemnización con base en intereses bancarios corrientes, siguiendo para el efecto los términos del dictamen pericial.¹

CAPÍTULO QUINTO

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

5.1. El apoderado judicial de la parte convocada, en su oportunidad procesal, contestó los hechos de la demanda en los siguientes términos:

AL HECHO 1°. Es cierto pero se aclara que esta es una situación económica del 2004 en donde las condiciones eran diferentes.

AL HECHO 2°. NO ES CIERTO como lo expone el demandante, pues se introduce una frase: “SE PRETENDIA PARA ESE MOMENTO DESARROLLAR OTRO PROYECTO DE CONSTRUCCION DE CARACTERISTICAS SIMILARES”, pues para 2004 sólo se estaba intentando comprar el lote pero no se tenía ningún proyecto en mente. Simplemente era la OPCION de participar pero todavía no se sabía que se podía hacer. Y en todo caso esa CLAUSULA se cumplió en mayo de 2006 cuando las partes establecieron y firmaron el acuerdo de asociación; tan es así, que para 2004 la participación en utilidades se habla del 3.75% más el 25% de la valorización, en el del 2006 las condiciones económicas fueron MUY DIFERENTES.

AL HECHO 3°. NO ES CIERTO, porque las partes NO INTERPRETARON el CONTRATO. Simplemente LO MODIFICARON en los términos establecidos en el sentido que PARTE DE LAS UTILIDADES DE SALAZAR se entregarían en APARTAMENTOS, condición que no se había establecido en el contrato inicial que hablaba era de DINERO EN EFECTIVO; por lo tanto la modificación fue que no se pagaría en EFECTIVO sino en bienes y esto requería un acuerdo privado.

¹ Modificado el texto en la subsanación de la demanda.

AL HECHO 4°. NO ES CIERTO en el sentido de “SEGUIR EL MISMO ESQUEMA CONTRACTUAL”, además contempla frases que inducen a error como la citada. Se atiene exclusivamente al texto del contrato y la REAL INTENCION DELAS PARTES.

AL HECHO 5°. ES CIERTO, pero aclarando que en la correspondencia interna, previa a la firma del contrato de asociación y cuentas en participación, más precisamente en el escrito calendado el 11 de mayo de 2006, suscrito por el Dr. Fernando Ruiz Cáceres, gerente de IBICO S.A., y dirigido al señor ERNESTO SALAZAR RENTERIA, representante legal de la sociedad convocante, se puede observar el interés real de las partes, estableciéndose en esta carta que lo que REALMENTE han acordado y así se debe interpretar el contrato es que del 100% de las utilidades se cancelarían el 25% para la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. y el restante 75% le correspondería a la sociedad ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A.; además tanto la sociedad participe como la sociedad gestora recuperarían la compra del LOTE D-3, más una inversión estimada por ellos como aportantes.

AL HECHO 6°. ES CIERTO, pero aclarando que en la correspondencia interna, previa a la firma del contrato de asociación y cuentas en participación, más precisamente en el escrito calendado el 11 de mayo de 2006, suscrito por el Dr. Fernando Ruiz Cáceres, gerente de IBICO S.A., y dirigido al señor ERNESTO SALAZAR RENTERIA, representante legal de la sociedad convocante, se puede observar el interés real de las partes, estableciéndose en esta carta que lo que REALMENTE han acordado y así se debe interpretar el contrato es que del 100% de las utilidades se cancelarían el 25% para la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. y el restante 75% le correspondería a la sociedad ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A.; además tanto la sociedad participe como la sociedad gestora recuperarían la compra del LOTE D-3, más una inversión estimada por ellos como aportantes.

AL HECHO 7°. ES CIERTO, aclarando que el PROYECTO en estos momentos se esta construyendo. Además de las cinco torres establecidas en el proyecto, cada una tiene 48 apartamentos, de los cuales se han vendido: De la Torre A, 47; de la Torre B, 41; de la Torre C, 40; de la Torre D, 2 y de la Torre E, no se ha vendido ninguna unidad. Aclarando además que estos momentos se esta cumpliendo el contrato y que su termino de duración vence el 12 DE MAYO DE 2011 y en todo caso el término de duración es hasta que se CONSTRUYA LA TOTALIDAD DEL PROYECTO.

AL HECHO 8°. ES CIERTO, pero hasta la fecha NO SE HA FINALIZADO NINGUNA ETAPA DEL PROYECTO ya que se finaliza cuando se venden los 48 apartamentos de cada torre, se escritura y se hace entrega formal de la torre y zonas comunes a los COPROPIETARIOS pero además cuando se entregan TODAS LAS ZONAS COMUNES y hasta la fecha no se han entregado y no se han construido algunas de las torres; también debo precisar que la sociedad partícipe nunca ha solicitado los informes como lo establece el contrato y por lo tanto nunca ha habido requerimiento alguno para hacer exigible esta obligación de la sociedad gestora. Igualmente la sociedad partícipe nunca ha designado el contralor del contrato para efectos de presentar los informes pactados.

AL HECHO 9°. ES CIERTO, indicándose además que se trataba de una SOCIEDAD en donde C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. recibiría utilidades y en caso de perdidas solo las asumiría hasta el monto de sus aportes que equivalen al 50% del lote. Si el negocio daba pérdidas, lo más que podía perder la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. era el aporte dado.

AL HECHO 10°. NO ES CIERTO. El pago de los gastos legales, como aporte del SOCIO PARTICIPE debió hacerse al momento de suscribir la escritura pública por medio del cual se adquirió el bien inmueble D3 que fue por medio de la escritura publica No 607 del 16 de febrero de 2006 de la Notaría Tercera de Cali. Nunca las partes pactaron que esta suma de dinero se cruzaría con futuros beneficios. El pago de los gastos notariales lo hizo en un 100% la SOCIEDAD GESTORA y por lo tanto LA SOCIEDAD PARTICIPE nunca cumplió con el pago de su aporte en la forma pactada.

AL HECHO 11°. ES CIERTO. Y la sociedad gestora las ha cumplido a cabalidad.

AL HECHO 12°. ES CIERTO.

AL HECHO 13°. ES CIERTO, pero precisando que lo que reciben las partes SON UTILIDADES de un negocio en donde son SOCIOS, y en donde C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. no participa de las pérdidas. Ahora bien, con el 3% lo que le entregaban era el 25% de las utilidades estimadas en el 12% de las ventas brutas como se lee en la carta de MAYO 11 DE 2006. Igualmente en relación con el valor del lote, es claro que si el negocio daba pérdidas NI SIQUIERA SE RESTITUIRIA ESE VALOR. Igualmente en relación con la valorización, se daría ese dinero pero lógicamente si se producían esas valorizaciones reflejadas en los precios de los apartamentos. Es decir, que si bien se han pactado esas condiciones, se deben INTERPRETAR que se darían si se obtienen UTILIDADES EN EL NEGOCIO; porque si daba pérdidas, hasta la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. no recuperaría el valor de su inversión; por lo tanto la cláusula debe interpretarse si el negocio DA UTILIDADES y SI SE EJECUTA EL PROYECTO que corresponde a los 240 apartamentos. La interpretación es entonces: a) Se perciben 3%, aporte y valorización si hay utilidades, y b) cuando se REALICE EL PROYECTO.

Tanto es así que el LITERAL B) consagra que si el PROYECTO NO SE REALIZA le corresponde solamente el 50% de la venta del lote descontando los costos invertidos por IBICO en licencias y aprobación del proyecto. Las PROYECCIONES de rentabilidad se hicieron con base en situaciones económicas de 2006 y PRESUPUESTOS DE RENTABILIDAD que se tenían, pero la realidad fue muy diferente y es así como para 2007 y 2008 la situación económica modificó estas expectativas.

Pero NO ES CIERTO en cuanto la forma como se redacta el encabezamiento del hecho en el sentido que SE ACORDARON ESOS BENEFICIOS porque estaba sujeto a si se ejecutaba TODO EL PROYECTO y si había utilidades. Se ACEPTA COMO CIERTO que la CLAUSULA OCTAVA estableció en su literal A esos puntos pero el HECHO ES INCOMPLETO porque no citó el LITERAL B y adicionalmente su interpretación es equivocada. En esta parte se debe destacar que CAMELOT en su negociación fue diferente a MIRADOR DE AVALON, y lo que se firmó en el 2006 no fue NINGUNA INTERPRETACION sino una MODIFICACION en el sentido que la rentabilidad de ese negocio se daría parte en ESPECIE entregando en dación en pago varios apartamentos.

AL HECHO 14°. NO ES CIERTO, pues se celebró el contrato de asociación ya que ambas partes deseaban realizar un PROYECTO DE CONSTRUCCION y la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. confiaba en la capacidad como constructor de IBICO S.A. que permitiría tener una rentabilidad a su inversión representada en el 50% del lote de terreno. Debiéndose precisar en este aspecto que la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. e IBICO S.A. no vendieron el lote, ellos simplemente procedieron a APORTAR UN DINERO con el cual se compró un lote para proceder a desarrollar un proyecto. Ambas partes se asociaron para construir un PROYECTO y una vez terminado distribuirse unas utilidades, que INICIALMENTE se establecieron conforme a las PROYECCIONES en una utilidad del 12% de las ventas totales y a la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. le correspondía el 25% de las mismas que se estimaron en un 3%.

Es de anotar que la VALORIZACION igualmente se cuantificó con las PROYECCIONES INICIALES en la suma establecida en el contrato porque se presupuestaba que se iban a incrementar los precios en ese mismo valor. Pero la realidad fue muy diferente y para que el proyecto FUERA VIABLE el costo de la tierra no podía incrementarse.

AL HECHO 15°. NO ES CIERTO como lo expresa la demanda. La CLAUSULA DECIMA PRIMERA consagra con claridad que el FLUJO DE CAJA permite identificar si es posible efectuar ANTICIPOS a los beneficios de la SOCIEDAD PARTICIPE y a juicio de la SOCIEDAD GESTORA. La interpretación de esta cláusula es que la LIQUIDACION Y PAGO DE LOS BENEFICIOS se hace UNICA Y EXCLUSIVAMENTE cuando se

termine el PROYECTO y se vendan todos los apartamentos. Pero como una OPCION y a juicio de la SOCIEDAD GESTORA IBICO S.A., se "PUEDEN" hacer anticipos. Indudablemente como consecuencia del proceso constructivo; a la fecha el FLUJO DE CAJA no ha permitido hacer anticipos porque las ventas han disminuido, los sobrecostos no han permitido retirar utilidades y solamente la rentabilidad se va a liquidar al finalizar el PROYECTO.

La CLAUSULA DECIMA PRIMERA del contrato de asociación establece el siguiente procedimiento:

- a) Se informara al SOCIO PARTICIPE CUANDO ÉL LO SOLICITE, como se encuentran las ventas del PROYECTO, cuáles se han escriturado y cuáles están en promesa de venta,
- b) La información debe llevar la FIRMA DEL CONTRALOR DEL CONTRATO,
- c) Presentada la información y conforme al FLUJO DE CAJA y a juicio de la sociedad gestora se pueden hacer ANTICIPOS a la SOCIEDAD PARTICIPE.

Por lo tanto es claro que este procedimiento NO ES PARA PAGAR EL BENEFICIO PACTADO, sino para hacer ANTICIPOS al beneficio final. Sólo el FLUJO DE CAJA podrá determinar que se puedan hacer anticipos; mientras no se presente los informes y se hagan los FLUJOS DE CAJA que permitan ver la liquidez del PROYECTO no se pueden hacer anticipos; por lo tanto el beneficio se obtiene es al TERMINAR LA TOTALIDAD DEL PROYECTO Y SOLO SI EL FLUJO DE CAJA LO PERMITE, SE PUEDEN HACER ANTICIPOS.

Adicionalmente los informes no se han presentado porque EL SOCIO PARTICIPE (C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S.) NUNCA LOS HA REQUERIDO ha designado un CONTRALOR DEL CONTRATO, persona que debe presentar los informes conjuntamente con la SOCIEDAD GESTORA (ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A.). Si no se ha designado el CONTRALOR DEL CONTRATO, mal se puede señalar que se ha incumplido por parte del GESTOR una obligación cuando es claro que estos informes deben llevar la firma del CONTRALOR que NUNCA ha designado EL SOCIO PARTICIPE.

AL HECHO 16°. ES CIERTO, pero hay que agregar que los incrementos de costos de construcción y financieros para nada tienen que ver la experiencia de la sociedad IBICO S.A. Son fenómenos económicos que han surgido en el año 2007 por muchas razones tales como la revaluación del peso, la mayor demanda de productos de construcción, la escasez de acero, aluminio y cobre a raíz de la demanda internacional de China e India, la mayor tasa de interés como consecuencia de las decisiones del Banco de la República para frenar la inflación, etc.

Al hecho 17°. NO ES CIERTO, que lo demuestre la parte convocante.

AL HECHO 18°. NO ES CIERTO, que lo demuestre la parte convocante.

AL HECHO 19°. NO ES CIERTO. En este punto en especial hay que precisar que solamente existe venta cuando se ha escriturado el inmueble y se ha registrado la venta. De la TORRE A solamente se han vendido 36 APTOS, los demás sólo se han prometido en venta. Ahora bien, en el contrato se había designado un CONTRALOR cuya obligación era precisamente estar en diálogos con LA SOCIEDAD GESTORA y recibir la información. Además los informes deben estar firmados por la SOCIEDAD GESTORA y el CONTRALOR. Sin la firma de dicho contralor no podía salir información alguna. Por lo tanto en el evento que la SOCIEDAD PARTICIPE designe el CONTRALOR del contrato y requiera los informes, en forma inmediata se hará el informe. Es claro que en el contrato se PACTO ESTA FORMALIDAD y por lo tanto no se puede desconocer.

AL HECHO 20°. Contiene varios hechos en uno solo. Por lo tanto debemos contestarlo en forma separada e independiente de la siguiente manera:

En relación con la liquidación del beneficio, como se ha insistido en la contestación de los hechos, sólo se debe hacer conforme al contrato cuando el PROYECTO se TERMINE y es cuando se vendan las 240 viviendas de la totalidad del proyecto y se escrituren, registren y

se entreguen todos los bienes como se ha explicado anteriormente. Por lo tanto NO ES CIERTO que debemos liquidar participaciones parcialmente.

NO ES CIERTO que se le entregó el ANEXO NUMERO CINCO al PARTICIPE porque se reitera que el informe que se debe brindar es certificado por el CONTRALOR, profesional que NUNCA HA DESIGNADO LA SOCIEDAD PARTICIPE.

AL HECHO 21°. NO ES CIERTO, que lo demuestre la parte convocante. Pero se debe agregar que esas escrituras públicas no se podían suscribir, si es que efectivamente la sociedad IBICO S.A. acordó esta negociación, porque en ellas se estaba expresando hechos que no correspondían a la realidad como es el de afirmar que se estaba efectuando un CONTRATO DE COMPRAVENTA cuando la realidad es que se estaban pagando beneficios y utilidades por el CONTRATO DE ASOCIACION Y CUENTAS EN PARTICIPACION. Por lo tanto si era propósito de las partes aceptar que se recibía como pago de los beneficios bienes inmuebles, era necesario e indispensable que se suscribiera un OTROSI al CONTRATO DE ASOCIACION en donde se estableciera este hecho para efectos de tener claro que la escritura pública estaba conteniendo era un PAGO DE BENEFICIOS y no una real compra como en ella se estipulaba”.

AL HECHO 22°. NO ES CIERTO, que lo demuestre la parte convocante. Pero se debe agregar que esas escrituras públicas no se podían suscribir, si es que efectivamente la sociedad IBICO S.A. acordó esta negociación, porque en ellas se estaba expresando hechos que no correspondían a la realidad como es el de afirmar que se estaba efectuando un CONTRATO DE COMPRAVENTA cuando la realidad es que se estaban pagando beneficios y utilidades por el CONTRATO DE ASOCIACION Y CUENTAS EN PARTICIPACION. Por lo tanto si era propósito de las partes aceptar que se recibía como pago de los beneficios bienes inmuebles, era necesario e indispensable que se suscribiera un OTROSI al CONTRATO DE ASOCIACION en donde se estableciera este hecho para efectos de tener claro que la escritura pública estaba conteniendo era un PAGO DE BENEFICIOS y no una real compra como en ella se estipulaba”.

AL HECHO 23°. NO ES CIERTO, que lo demuestre la parte convocante. Pero se debe agregar que esas escrituras públicas no se podían suscribir, si es que efectivamente la sociedad IBICO S.A. acordó esta negociación, porque en ellas se estaba expresando hechos que no correspondían a la realidad como es el de afirmar que se estaba efectuando un CONTRATO DE COMPRAVENTA cuando la realidad es que se estaban pagando beneficios y utilidades por el CONTRATO DE ASOCIACION Y CUENTAS EN PARTICIPACION. Por lo tanto si era propósito de las partes aceptar que se recibía como pago de los beneficios bienes inmuebles, era necesario e indispensable que se suscribiera un OTROSI al CONTRATO DE ASOCIACION en donde se estableciera este hecho para efectos de tener claro que la escritura pública estaba conteniendo era un PAGO DE BENEFICIOS y no una real compra como en ella se estipulaba”.

AL HECHO 24°. NO ES CIERTO, que lo demuestre la parte convocante. Pero se debe agregar que esas escrituras públicas no se podían suscribir, si es que efectivamente la sociedad IBICO S.A. acordó esta negociación, porque en ellas se estaba expresando hechos que no correspondían a la realidad como es el de afirmar que se estaba efectuando un CONTRATO DE COMPRAVENTA cuando la realidad es que se estaban pagando beneficios y utilidades por el CONTRATO DE ASOCIACION Y CUENTAS EN PARTICIPACION. Por lo tanto si era propósito de las partes aceptar que se recibía como pago de los beneficios bienes inmuebles, era necesario e indispensable que se suscribiera un OTROSI al CONTRATO DE ASOCIACION en donde se estableciera este hecho para efectos de tener claro que la escritura pública estaba conteniendo era un PAGO DE BENEFICIOS y no una real compra como en ella se estipulaba”.

AL HECHO 25°. NO ES CIERTO en la forma como lo está expresando la parte convocante, porque presenta comentarios sobre un documento. Simplemente nos sometemos a lo que expresa el documento que es el ANEXO 12; además dicho documento ratifica lo que viene expresando LA SOCIEDAD GESTORA desde SEPTIEMBRE DE

2007: hay circunstancias económicas no previstas que han ocurrido desde que se planteó el negocio en el 2006 las cuales no permiten un FLUJO DE CAJA para cancelar en dinero, por lo tanto su cancelación debe hacerse en especie parte del beneficio; no se puede pagar la VALORIZACION sencillamente porque fue imposible incluirla en el valor de las unidades, además debe revisarse los términos del contrato y presentar un PROYECTO DE MODIFICACION del convenio. Antes de desatarse este conflicto la empresa GESTORA estaba dispuesta a lo siguiente:

- a) mantener las utilidades del 25% que equivalen al 3% de las ventas, a pesar que la TORRE A reflejaba solamente utilidades del 8.5%.
- b) Comenzar a pagar TORRE POR TORRE con base en los precios de promesa de venta, aunque no estuviesen escrituradas,
- c) entregar en dación en pago dos apartamentos a precios de la PRIMERA LISTA DE VENTAS.

Esto refleja el mejor ánimo de conciliación y que existe es un conflicto económico porque la realidad no es igual a las proyecciones y presupuestos.

AL HECHO 26°. NO ES CIERTO en la forma como lo ha expresado la parte convocante, porque presenta comentarios sobre un documento. Nos sometemos a lo que expresa el documento que es ANEXO 13. El CONTRATO DE ASOCIACION Y CUENTAS EN PARTICIPACION contiene un elemento futuro aleatorio en la DISTRIBUCION DEL BENEFICIO y no siempre dará utilidades; tanto es así que la SOCIEDAD PARTICIPE admite que su único riesgo es el dinero dado para comprar el lote, de tal manera que si el negocio fracasa, no cubrirá mas perdidas que lo que invirtió en el lote. La forma de liquidar los beneficios efectivamente se pactaron, pero cuando el negocio comenzó a desarrollarse se encontró que para sacarlo adelante no era posible que la sociedad IBICO S.A. asumiera en un 100% el perjuicio de obtener menores beneficios; en las condiciones que establecía el contrato IBICO S.A. no recibiría utilidad alguna porque debería asumir para su otro socio la supuesta valorización del lote y esta situación lo llevaría a ceder sus utilidades como constructor. Además la LIQUIDACION DE LOS BENEFICIOS es cuando se construya todo el proyecto y no TORRE por TORRE como pretende el convocante.

AL HECHO 27°. NO ES CIERTO, debe probarlo el convocante; además no refleja un hecho sino comentarios del mismo convocante.

AL HECHO 28°. NO ES CIERTO en la forma en que se ha expresado por la parte convocante, ya que presenta comentarios sobre un documento. Nos sometemos a lo que expresa en el documento que es el ANEXO 14.

AL HECHO 29°. NO ES CIERTO. Jamás la sociedad IBICO S.A. ha reconocido que la valorización es un derecho contractual como lo consagra el actor en su demanda; prueba de ello es lo expresado en la carta de diciembre de 2007 que obra en el expediente como ANEXO NUMERO 12.

AL HECHO 30°. NO ES CIERTO; además NUNCA se ha recibido esta comunicación, que de existir solo refleja el concepto del abogado y que no tiene importancia para el proceso.

AL HECHO 31°. NO ES CIERTO. La sociedad IBICO S.A. siempre ha estado dispuesta a discutir formulas con el convocante sobre la base de una realidad económica. Las partes deben establecer primero cual es la realidad económica del proyecto, la rentabilidad que tiene efectivamente, la imposibilidad de incrementar precios, la ausencia del concepto valorización como costo adicional, si se incluye generaría pérdidas para ambas partes y para el CONSTRUCTOR que asumió el 100% del riesgo y por lo tanto tiene derecho al 75% de las utilidades.

AL HECHO 32°. NO ES CIERTO. Es un concepto dado por el abogado; además:

- a) La asociación tenía como objeto desarrollar un proyecto y para ello ambas partes aportaron un dinero como capital semilla con el cual se compró el lote de terreno,
- b) El proyecto son 240 apartamentos,
- c) Sólo cuando se venda el último apartamento se procede a liquidar los beneficios para las partes,

- d) La retribución debe hacerse en dinero y no se pactó entregando apartamentos,
- e) Si se desea recibir apartamentos debe existir un acuerdo entre las partes,
- f) Si no existe ese acuerdo, se debe esperar hasta que se liquide todo el PROYECTO.
- g) El contrato NUNCA estableció PAGOS PARCIALES Y ANTICIPOS a los beneficios, salvo que el FLUJO DE CAJA LO PERMITIERA.

AL HECHO 33°. NO ES UN HECHO, es un concepto y una pretensión del demandante; lo que se hizo en agosto de 2006, cuando ya el PROYECTO CAMELOT estaba finalizando, fue establecer el MECANISMO DE PAGO DEL BENEFICIO que no es otro que la entrega de apartamentos. Y esto necesitaba el consentimiento de las partes. Se pactó devolver dinero pero si pactan que se reciba apartamentos, pues necesita el consentimiento de ambos contratantes. Ahora bien, el CONTRATO AVALON establece el mecanismo de ANTICIPO A LOS BENEFICIOS que es igual al CONTRATO CAMELOT. En ambos casos se estableció que solo el FLUJO DE CAJA permitiría hacer ANTICIPOS a los beneficios. Lo que se acordó en AGOSTO DE 2006, que fue una LIQUIDACION PROVISIONAL de todo el PROYECTO, más no la liquidación definitiva, es que no se pagaría en dinero en efectivo sino mediante entrega en dación en pago de varios apartamentos. El acuerdo consistió en que NO SE PAGABA EN EFECTIVO sino que se admitía pagos en especie entregando los apartamentos.

AL HECHO 34°. NO ES CIERTO y se explica de la siguiente forma:

- a) El mecanismo de informes trimestrales debía contar con el profesional CONTRALOR que designara LA SOCIEDAD PARTICIPE. Esta sociedad nunca lo designó. Pero en el evento que lo hubiese designado, el informar al PARTICIPE de las ventas no generaba en forma inmediata la obligación de pagar el beneficio porque claramente se estableció que EL FLUJO DE CAJA podría permitir anticipos a los beneficios.
- b) Sobre las escrituras, no se pactó por escrito este pago como anticipo de los beneficios. Claramente la sociedad IBICO S.A. envió en DICIEMBRE 14 DE 2007 un documento que contenía esta MODIFICACION DEL CONTRATO (ANTICIPAR BENEFICIOS CON INMUEBLES Y NO CON DINERO) pero la sociedad partícipe nunca quiso firmar dicho documento y sin la firma de ese documento, que admitía discusión y dialogo sobre las diferencias económicas, no se podía hacer entrega de dos apartamentos.
- c) No es cierto sobre la devolución de dineros de la notaría 11 y en todo caso el PARTICIPE siempre ha tenido interés en seguir con la entrega de los apartamentos como anticipo de los beneficios.
- d) Toda la información se le suministró al PARTICIPE pero para mejor comprensión de estos temas debió designar el CONTRALOR del contrato que era un profesional que comprendía de estos temas pero nunca lo hizo.
- e) Los precios de los apartamentos incluyen los incrementos que el mercado permite, agregando que la sociedad IBICO S.A. ha estado siempre en sus precios dentro de la media del mercado hacia arriba y no esta sacrificando utilidades. Pero el valor del metro cuadrado es el admisible en el mercado en estos momentos ante la oferta de otros inmuebles en el sector. No se trata de fijar precios por fijar precios, sino de establecerlos conforme al mercado, al producto que se construye y los costos de los mismos.
- f) La ley comercial (artículo 868 del código de comercio) permite en un negocio comercial que se revisen los términos contractuales cuando circunstancias no previstas permitan establecer que se han modificado sustancialmente, por lo tanto, no es una decisión unilateral sino que se ha insistido para que se dialogue, para que se nombre al CONTRALOR, para que se revisen cifras, para que se miren los costos, la rentabilidad del proyecto y en esa forma, en una situación ECONOMICA que no estaba prevista en el 2006, acordar la forma de distribuir el beneficio.
- g) Es un concepto sobre la comunicación del 14 de diciembre de 2007 que es un factor de presión. Además de la lectura del documento lo que surge es el mejor ánimo de conciliar, de mantener una posición negociadora, de buscar fórmulas, que deben surgir de ambas partes y no solamente de una de ellas.

h) Siempre la información técnica y financiera ha estado a disposición del SOCIO PARTICIPE pero es claro que el contrato estableció un CONTRALOR. La designación es responsabilidad del SOCIO PARTICIPE que no lo ha hecho hasta el momento. Este profesional era el responsable de revisar la información técnica y financiera pero si no lo ha designado el SOCIO PARTICIPE y ese es el mecanismo contractual pactado para vigilar el contrato, como se puede alegar incumplimiento de la SOCIEDAD PARTICIPE?

i) La información de este proyecto se debe hacer con el CONTRALOR. Al no designarlo y este ser el mecanismo contractual pactado no se entiende cuál es el incumplimiento. Pero es el mismo ABOGADO quien confiesa en el hecho TREINTA que la SOCIEDAD PARTICIPE no desea enviar a nadie para revisar los libros y documentos de la contabilidad de IBICO S.A. Entonces cómo se puede afirmar que IBICO S.A. abusa de la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S.?

j) Este mecanismo fue el utilizado para liquidar el proyecto de construcción denominado CAMELOT y fue aceptado por la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. en su momento porque era una liquidación parcial y es posible que esta sociedad tuviese un beneficio menor y en todo caso el deposito significa que se está aceptando este mecanismo. De igual manera era una PROPUESTA ECONOMICA para empezar a dirimir las controversias pero la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. no lo aceptó.
AL HECHO 35°. ES CIERTO.

AL HECHO 36°. NO ES CIERTO. Las diferencias tienen que ver con la forma de LIQUIDAR EL BENEFICIO y también con la INTERPRETACION DEL CONTRATO. Pero se debe aceptar que la parte fundamental será jurídica en esta discusión por el hecho de NUESTRA DEMANDA DE RECONVENCION y además se someterá a PERITOS quienes determinarán la forma de liquidar en su dictamen pericial el beneficio.

5.2. En relación con las pretensiones, la convocada se opuso a todas ellas y manifestó:

FRENTE ALAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

Frente a las pretensiones NOS OPONEMOS TODAS ELLAS porque no se ajustan a los acuerdos y a los términos del contrato:

FRENTE A LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS:

Frente a las pretensiones declarativas NOS OPONEMOS A TODAS ELLAS porque el contrato es claro y su redacción no contiene lugares oscuros.

En este aspecto en especial es pertinente apoyarnos en las normas del Código Civil que regulan la INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS; así por ejemplo el artículo 1618 consagra la PREVALENCIA DE LA INTENCION de las partes, indicándose que "...Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras..."; por su parte, el artículo 1619 de la misma codificación obliga a las LIMITACIONES DEL CONTRATO A SU MATERIA, expresándose que "...Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado", y así sucesivamente aparecen en la legislación civil varias normas en la interpretación de los contratos las cuales deben aplicarse en el presente caso cuando ya es conocido la intención verdadera o lo que realmente se pretendía con la celebración el presente contrato de asociación y cuentas en participación entre las tres partes: la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S., como socio inversionista con el aporte del 50% del valor del lote de terreno; la sociedad ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A., también como socio inversionista con el otro 50% del valor del lote de terreno; y la misma sociedad ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A., como socio constructor quien se encargaría de realizar la construcción en un 100% de los 240 apartamentos del conjunto residencial MIRADOR DE AVALON, asumiendo además los riesgos en caso de pérdida.

Estas normas de obligatorio cumplimiento son las siguientes:

“ARTICULO 1620. PREFERENCIA DEL SENTIDO QUE PRODUCE EFECTOS. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”..

“ARTÍCULO 1621. INTERPRETACIÓN POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”.

“ARTICULO 1622. INTERPRETACIONES SISTEMÁTICA, POR COMPARACIÓN Y POR APLICACIÓN PRÁCTICA. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

“ARTICULO 1623. INTERPRETACIÓN DE LA INCLUSIÓN DE CASOS DENTRO DEL CONTRATO. Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda”.

“ARTICULO 1624. INTERPRETACIÓN A FAVOR DEL DEUDOR. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

Ahora bien, debemos señalar nuevamente que las partes celebraron una ASOCIACION en donde ambos aportaron un dinero por partes iguales como capital inicial para adquirir un lote y que una de ellas APORTA DINERO, TRABAJO Y ESFUERZO para desarrollar el PROYECTO en un 100%. Es claro que en este negocio, solamente se liquidan los beneficios cuando se venda todo el proyecto y se obtengan las utilidades. Por esa razón el TERMINO DEL CONTRATO es MAYO 12 DE 2011. Las partes no pactaron LIQUIDACIONES PARCIALES porque la construcción como la realiza la sociedad IBICO S.A. es un PROCESO DE PRODUCCION CONTINUO en donde terminando una Torre ya se ha iniciado la construcción de la otra y se esta vendiendo la tercera para que con el producto del dinero que ingresa por las ventas, los créditos y el capital propio se mantiene una dinámica de FLUJO DE CAJA que permite culminar el PROYECTO en los plazos acordados. Solo, y a juicio del CONSTRUCTOR, si el flujo de caja lo permite, es posible anticipar beneficios para las partes.

De otra parte, en cuanto a las reglas de INTERPRETACION que se le pide al árbitro consignadas en las llamadas por la convocante como PRETENSIONES DECLARATIVAS (CAPITULO III — PRETENSIONES), debemos manifestar lo siguiente:

EN CUANTO A LA 1.a.) Las partes establecieron en mayo de 2006 unos mecanismos para distribuir el beneficio. Pero circunstancias no previstas y conforme al artículo 868 del código de comercio han obligado a solicitar del Juez que revise los términos del contrato para adecuarlos a la realidad económica. Esta pactada en el contrato pero con la demanda de reconvencción se esta pidiendo que el Arbitro la revise.

EN CUANTO A LA 1.b.) Los mismos argumentos para oponerse a 1.a.).

EN CUANTO A LA 1.c.) Los mismos argumentos para oponerse a 1.a.) Pero agregando que la determinación de los precios se hizo con base en la oferta del mercado y por lo tanto no es posible admitir que frente al 25% de las utilidades la sociedad IBICO S.A. deba establecer sumas adicionales para la sociedad convocante porque para ella los precios debieron ser MUCHO MAS ALTOS que los que se ofrecieron, así no se hubiese vendido ningún APARTAMENTO.

EN CUANTO A LA 1.d.) Sobre la liquidación del beneficio del 3% de las ventas totales es un absurdo pensar que de todo el dinero que ingresó para construir, se debe sacar el 3% para la sociedad SALAZAR CALDAS. Se debe recordar que si el negocio DA PERDIDAS solo la sociedad SALAZAR CALDAS pierde lo que aportó como capital semilla para adquirir el lote de terreno. La liquidación se debe hacer al finalizar la totalidad del proyecto y no cada vez que se prometía en venta un apartamento. Las ventas solo se perfeccionan cuando se suscribe la escritura pública y se registra en la oficina de registro. Además la forma de liquidar el beneficio esta claramente establecida en el contrato y no admite discusión alguna. Del 3% de las ventas corresponde el beneficio a la sociedad SALAZAR CALDAS y no se puede admitir que se diga que ese beneficio es sobre cada uno de los dineros que ingresaron y desde la fecha que ingresaron.

EN CUANTO A LA 1.e.) Interpretar el contrato en este punto que cada 3 meses desde que se inicie cada etapa se debe rendir cuentas y pagar el 3% de los ingresos brutos no permitiría realizar el proyecto ya que el FLUJO DE CAJA antes por el contrario, además de las cuotas iniciales requiere recursos de crédito. Interpretar en esos términos el contrato lo llevaría al fracaso total porque la CONSTRUCTORA tendría que abandonar el proyecto y dejar de construir hasta que se VENDIERA EL 100% de los apartamentos, se recibiera el 100% del valor del precio y después cuando se tenga la totalidad del dinero de las ventas INICIAR LA CONSTRUCCION. Pero la realidad es que el negocio no funciona así: primero se prevende en planos, luego con cuotas iniciales y con recursos de crédito de la sociedad IBICO S.A. y de capital de la sociedad IBICO S.A. se comienza la construcción y cuando se entrega el apartamento al comprador se recibe el saldo del precio.

EN CUANTO A LA 1.f.) Sobre la liquidación final de cada etapa el contrato fue muy claro al señalar que era factible hacer liquidaciones parciales si existe FLUJO DE CAJA y a juicio de SOCIEDAD GESTORA. Por lo tanto interpretar en esos términos el contrato es MODIFICAR SUSTANCIALMENTE la forma como se pactó y expresar solo la voluntad de la sociedad SALAZAR CALDAS.

EN CUANTO 1.g.) Si el árbitro establece esta INTEPRETACION, estaría modificando sustancialmente lo que las partes aceptaron en el 2006 y que estaba de acuerdo con lo pactado en el 2004. Y por lo tanto se debe ordenar la liquidación del contrato ya que el equilibrio económico se perdería por este hecho.

Ahora bien, debemos DESTACAR EN ESTE PUNTO que cuando las sociedades SALAZAR CALDAS e IBICO S.A. pactaron en el 2004 la construcción de la urbanización CAMELOT interpretaron correctamente el contrato en la forma como se ha venido desarrollando en MIRADOR DE AVALON. Tanto es así que para hacer unos PAGOS PARCIALES fue necesario MODIFICAR EL CONTRATO Y SUSCRIBIR "OTRO SI" en agosto de 2006 en donde hicieron unas liquidaciones parciales de las tres torres y en esa forma se entrego en dación en pago unos bienes. Esta misma intención fue la que se tuvo ahora en el de AVALON. Solo al final se liquidan las cinco torres pero si se quiere liquidar parcialmente, se deberá hacer una modificación al contrato.

A LA PRETENSIÓN 2ª. NOS OPONEMOS a esta pretensión porque el contrato nunca estableció que se debían hacer CORTES TRIMESTRALES PARA LIQUIDAR PARCIALMENTE EL BENEFICIO pactado. Lo que se pactó fueron informes trimestrales cuando lo pidiera la sociedad SALAZAR CALDAS pero con la firma del CONTRALOR que SALAZAR CALDAS nunca designó.

A LA PRETENSIÓN 3ª. NOS OPONEMOS a esta pretensión porque la sociedad IBICO S.A. en todo momento ha venido desarrollando el proyecto, ha vendido algo más del 50% de los apartamentos, viene construyendo la torre C, y buscando ante todo cumplir con todas sus obligaciones. Todo su esfuerzo se ha volcado para promover, vender, construir y entregar los inmuebles a la menor brevedad posible.

A LA PRETENSIÓN 4ª. NOS OPONEMOS a esta pretensión porque la sociedad IBICO S.A. no ha causado ningún perjuicio a la parte convocante. Antes por el contrario y conforme a las proyecciones de ventas, el aporte de capital va a obtener rentabilidades

superiores al 60% anual cuando en estos momentos la rentabilidad del dinero en CDT solo alcanza una cifra inferior al 10% anual.

FRENTE A LAS PRETENSIONES DE CONDENA

NOS OPONEMOS A TODAS ELLAS, para lo cual exponemos los siguientes argumentos:

A LA PRETENSIÓN 1ª. NOS OPONEMOS porque conforme al CONTRATO DE ASOCIACION celebrado la liquidación de los beneficios se hará al momento en que se termine, venda y se recauden la totalidad de los dineros del PROYECTO MIRADOR DE AVALON que esta conformado por 240 apartamentos y NUNCA las partes pactaron liquidaciones y pagos parciales de BENEFICIOS, salvo si el FLUJO DE CAJA elaborado por la SOCIEDAD GESTORA lo permitía.

A LA PRETENSIÓN 2ª. NOS OPONEMOS, pues además del argumento anterior de la PRIMERA, porque las partes pactaron que se reconocería el 3% sobre las ventas de los apartamentos, cuyos precios se deben comportar conforme a las reglas del mercado, a la oferta y la demanda de inmuebles en la zona, a los costos de construcción, a la calidad de la construcción y las partes jamás pactaron que el precio de los apartamentos debía reflejar la valorización del terreno.

A LA PRETENSIÓN 3ª. NOS OPONEMOS, con los mismos argumentos de la PRIMERA en el sentido que no se pactaron pagos parciales y mucho menos abonos proporcionales del terreno ocupado por la TORRE A, entre otras cosas porque además del área de terreno ocupado por la TORRE A, también la sociedad IBICO S.A. ha tenido que intervenir áreas adicionales del lote de terreno para zonas comunes que difícilmente un perito puede valorar como de influencia sobre la TORRE A porque son comunes para todo el CONJUNTO.

A LA PRETENSIÓN 4ª. NOS OPONEMOS con los mismos argumentos de la PRIMERA, pero agregamos que en la demanda de reconversión se pretende una revisión de lo pactado ya que económicamente no es posible atender este rubro que constituye un beneficio adicional para los inversionistas pero que por las condiciones del mercado no se puede cancelar ya que para efectos de fijar el precio, no fue posible considerar una valorización del terreno.

A LA PRETENSIÓN 5ª. NOS OPONEMOS a esta pretensión porque la sociedad IBICO S.A. no adeuda en estos momentos suma alguna a la sociedad SALAZAR CALDAS.

A LA PRETENSIÓN 6ª. NOS OPONEMOS porque no ha existido incumplimiento por parte de la sociedad IBICO S.A. y a la fecha no adeuda suma alguna a la sociedad SALAZAR CALDAS. Se está exigiendo una obligación que todavía no se ha causado ya que la liquidación del contrato y de los beneficios debe hacerse cuando se culmine todo el PROYECTO y se vendan los 240 apartamentos.

A LA PRETENSIÓN 7ª. NOS OPONEMOS porque no ha existido incumplimiento por parte de la sociedad IBICO SA. y a la fecha no adeuda suma alguna a la sociedad SALAZAR CALDAS. Se está exigiendo una obligación que todavía no se ha causado ya que la liquidación del contrato y de los beneficios debe hacerse cuando se culmine todo el PROYECTO y se vendan los 240 apartamentos.

CAPÍTULO SEXTO

LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

La parte convocada propuso frente a la demanda las excepciones siguientes:

1.- EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO:

El argumento de esta excepción se fundamenta en:

a) Conforme al LITERAL B) de la CLAUSULA TERCERA la SOCIEDAD PARTICIPE se obligó a aportar la suma de \$32.197.807 para gastos legales, suma que debió aportar al momento de suscribir la escritura pública cuando se adquirió el LOTE 03 que fue en FEBRERO DE 2006. La SOCIEDAD PARTICIPE nunca canceló ese dinero y todavía adeuda este aporte, situación que se puede corroborar con la diligencia de inspección judicial que se solicitará más adelante en las pruebas solicitadas.

b) Era obligación de LA SOCIEDAD PARTICIPE designar conforme a la CLAUSULA DECIMA del presente contrato un contador, economista, ingeniero civil, arquitecto o abogado para que ejerciera las funciones de CONTRALOR DEL CONTRATO. Esta obligación no la cumplió LA SOCIEDAD PARTICIPE y hasta la fecha no lo ha designado. La ausencia de este funcionario que vigila, controla y supervisa el contrato ha generado la polémica entre las partes.

El artículo 1609 del Código Civil obligaba a la sociedad partícipe a cumplir con las obligaciones emanadas del contrato de asociación y cuentas en participación, así lo menciona expresamente esta norma:

“ARTÍCULO 1609.- En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”

No es posible que LA SOCIEDAD PARTICIPE alegue y exija que se cumpla el contrato cuando ella no ha cumplido a cabalidad con todas y cada una de las obligaciones contractuales.

2.- INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION DE DISTRIBUIR EL BENEFICIO:

Conforme al CONTRATO DE ASOCIACION Y CUENTAS EN PARTICIPACION celebrado el día 12 de mayo de 2006, el objetivo era desarrollar completamente el proyecto de construcción MIRADOR DE AVALON el cual consta de 240 apartamentos. Así se desprende de las cláusulas segunda y séptima del contrato sólo cuando se termine el contrato y se vendan todos los apartamentos se procederá a distribuir el beneficio entre los asociados.

La razón de esta forma de distribuir el beneficio no es otra que las utilidades solo se ven reflejadas cuando se culmine todo el proyecto y se vendan todos los apartamentos. En un proceso constructivo industrial la sociedad IBICO S.A. organiza su flujo de caja con fundamento en las cuotas iniciales de los apartamentos, su capital de trabajo y el crédito bancario y este flujo de caja debe permitir mantener un dinero constante para que el proyecto no se paralice. Cuando hay EXCEDENTES DE CAJA, se podía considerar la distribución anticipada de beneficios; pero esta decisión la debe adoptar LA SOCIEDAD GESTORA con fundamento en su FLUJO DE CAJA que elabore para el desarrollo del proyecto.

En nuestro caso particular a la fecha no existe SUPERAVIT DE FLUJO DE CAJA y por lo tanto, era imposible con dinero en efectivo anticipar beneficios. La única posibilidad, tal y como ocurrió en TORRES DE CAMELOT, era abonando los anticipos con entrega de apartamentos, pero LA SOCIEDAD PARTICIPE no ha llegado a un acuerdo con LA SOCIEDAD GESTORA y por lo tanto no se ha celebrado un acuerdo que modifique el contrato inicial.

3.- INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION DE PRESENTAR INFORMES:

Conforme a la CLAUSULA DECIMA PRIMERA se pactó un procedimiento para presentar informes en forma trimestral sobre la relación de las ventas y las promesas de compraventa. Pero esta obligación era exigible para la sociedad IBICO S.A. siempre y cuando concurrieran las siguientes circunstancias:

a) Que sea solicitada por LA SOCIEDAD PARTICIPE,

b) Que se haya nombrado EL CONTRALOR quien debe firmar el informe.

Desde mayo de 2006 hasta el momento de contestar la demanda no se han cumplido estas condiciones para hacer exigible la obligación de presentar RELACION DE VENTAS con las escrituras y la promesas de compraventa porque LA SOCIEDAD PARTICIPE nunca lo ha solicitado ya que no lo juzga necesario y porque LA SOCIEDAD PARTICIPE nunca designó EL CONTRALOR del contrato para que firme la información conjuntamente con el contador de LA SOCIEDAD GESTORA.

Por lo tanto si no se designa EL CONTRALOR y la SOCIEDAD PARTICIPE nunca ha solicitado la información, DOS REQUISITOS OBLIGATORIOS PARA QUE SURJA LA OBLIGACION, no se hace exigible la obligación a cargo de IBICO contenida en la CLAUSULA DECIMA PRIMERA.

4- IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO COMO CONSECUENCIA DE CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS E IMPREVISTAS:

El artículo 868 del Código de Comercio, permite la REVISIÓN DE LOS CONTRATOS de tracto sucesivo por situaciones o circunstancias extraordinarias o IMPREVISIBLES. La norma en mención es del contenido que se transcribe a continuación:

“ARTICULO 868. REVISION DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, en sentencia del 23 de mayo de 1998, al abordar el tema planteó que: “...Alcances de la teoría de la imprevisión. “Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.

Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante (sic) ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados, que deben alegarse y probarse y es materia de decisiones especiales de los jueces de instancia “.

Es evidente y así se probará en este trámite arbitral, que circunstancias EXTRAORDINARIAS, IMPREVISTAS E IMPREVISIBLES posteriores a mayo de 2006, variaron el rumbo que tenía previsto el contrato de asociación y cuentas en participación celebrado entre las partes ahora en contienda; en efecto, situaciones tales como decisiones del banco de la república, incremento de la inflación cuando se esperaba un menor índice, incremento exagerado de intereses, tema de los postes de energía, los argumentos sobre el Dagma, del mercado, y todos los demás sucesos; dichas CAUSAS ECONOMICAS que generan esta MENOR UTILIDAD del proyecto de construcción se pueden identificar en lo siguiente:

a) Los costos de construcción se han incrementado en un MAYOR VALOR al incremento de los precios: el sustancial incremento en la demanda de mano de obra y de materiales

debido al crecimiento que han tenido no solamente la construcción de vivienda sino también las obras públicas en la ciudad como el MIO y la MALLA VIAL, han generado una peligrosa inflación en estos insumos vitales para la construcción de las torres; adicionalmente el crecimiento de la demanda internacional en algunos países especialmente en la China y la India, han generado incrementos asombrosos en materiales tan importantes como el acero y el cobre

b) Los costos financieros se han incrementado desde MAYO DE 2006, fecha en que se concibe el proyecto a MAYO DE 2008, teniendo en cuenta que para esa época teníamos una tasa del 11% ó 12% y ahora estamos con tasas del 20%.

c) La mayor oferta en el mercado ha impedido que los 240 apartamentos se vendan en un menor tiempo. Esto ha generado 38 meses más de construcción.

d) La mayor oferta en el mercado desde el año 2006 no ha permitido INCREMENTAR LOS PRECIOS acorde con el MAYOR INCREMENTO DE COSTOS DE CONSTRUCCION Y FINANCIEROS, sino conforme a la competencia, para poder vender el producto APARTAMENTO; generando, además, un gasto de publicidad superior al presupuestado para la atracción de los clientes.

e) La mayor oferta en el mercado ha obligado al SOCIO CONSTRUCTOR a MEJORAR LOS ACABADOS para ser competitivo, INCREMENTANDO COSTOS al PROYECTO inicial; en efecto la competencia para este tipo de construcciones es muy fuerte; observemos los siguientes proyectos de construcción:

(El cuadro comparativo es visible en el original del memorial inserto en el expediente).

f) Los problemas que tenía el terreno y que son responsabilidad de los socios inversionistas ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A., y C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S., como son la línea de alto voltaje que atravesaba el terreno, la cual se debía reubicarse a un costo de \$90.000.000.00; adicionalmente la construcción se vio obligada a edificar redes de acueducto desde el barrio Bellavista de la ciudad de Cali, hasta el proyecto urbanístico Mirador de Ávalon, en un recorrido de más de 3 kilómetros; igualmente a estos imprevistos debe sumársele la demolición de roca que tuvo que realizarse a un costo de \$7.000.000.00.; así mismo se han presentado adecuaciones en zonas comunes adicionales; el equipo adicional para el manejo de basuras a un costo de \$13.000.000.00; y, una barra estabilizadora para acceso a la Torre A.

g) Las unidades vendidas no han sido lo que se esperaba cuando se firmó la asociación, así por ejemplo:

En la TORRE A, la cual consta de 48 apartamentos, se han vendido sólo 36 unidades, las cuales son:

(El cuadro explicativo es visible en el original del memorial inserto en el expediente).

En la TORRE B, la cual consta de 48 apartamentos, se han PROMETIDO EN VENTA sólo 41 unidades.

En la TORRE C, la cual consta de 48 apartamentos, se han PROMETIDO EN VENTA sólo 40 unidades.

En la TORRE D, la cual consta de 48 apartamentos, se han PROMETIDO EN VENTA vendido sólo 2 unidades.

En la TORRE E, la cual consta de 48 apartamentos, NO se han vendido NI PROMETIDO EN VENTA unidades.

El total de apartamentos del proyecto son 240; y tan sólo se han vendido a la fecha 36 unidades, las demás sólo se han prometido en venta, es decir, es una cifra muy por debajo de lo que se esperaba con el negocio del proyecto.

h) A los clientes del proyecto no les parece muy atractivo el panorama visual hacia la montaña.

i) Existen muchos proyectos con menores costos por metro cuadrado.

j) La publicidad negativa sobre la zona cercana al barrio Siloé de Cali.

k) El no cumplimiento de las metas programadas están generando costos adicionales para el mantenimiento publicitario, de personal y logística para terminar el proyecto. Como quiera

que las condiciones económicas se modificaron por las anteriores razones, debe aplicarse la TEORIA DE LA IMPREVISIBILIDAD Y DE LA REVISION DE LOS CONTRATOS, ya que el contrato celebrado entre las partes es de ejecución en el tiempo y por lo tanto se debe revisar los montos que deben distribuirse los

SOCIOS INVERSIONISTAS EN TIERRA (IILIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A., y C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S.), con el SOCIO CONSTRUCTOR (IILIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A.), pues como se dejó consignado en el hecho 4º, en esta relación contractual son TRES LOS SOCIOS, no dos.

5.- ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y DESEQUILIBRIO ECONOMICO ENTRE LOS ASOCIADOS:

Esta excepción gravita en los conceptos que existen sobre el ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, y sus requisitos esenciales para que se de esta figura son los siguientes, anotando que esta información se tomó el Código Civil de Legis, páginas 11 y 12, la cual trae a colación la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil de junio 7 de 2002:

a) Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio, y,

b) Que haya una empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecimiento haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de este se haya efectuado el enriquecimiento.

En el presente caso, los hechos que fundamentan la excepción son los siguientes:

1. El deseo de ambas partes era obtener una rentabilidad equilibrada.
2. El de la sociedad SALAZAR CALDAS del 25% de las utilidades del proyecto, el de la sociedad IBICO S.A. el 75% de las utilidades y sobre un estimado de valorización, un 50% para cada uno.
3. Con la forma como se esta vendiendo y gastando, la sociedad SALAZAR CALDAS tendría más del 50% de las utilidades e incluso la totalidad de las utilidades e IBICO S.A. sólo tendría pérdidas.
4. En un negocio en donde debe existir el equilibrio económico y que ambas partes reciban un beneficio con fundamento en su inversión, vamos a encontrar que IBICO S.A. va a tener pérdidas patrimoniales y SALAZAR CALDAS va a lograr un incremento en su patrimonio al quedarse con todas las utilidades y beneficios a costa de su ASOCIADO.

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES

En tiempo oportuno el señor apoderado de la convocante contestó las excepciones formuladas por el apoderado de la contraparte en los siguientes términos:

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA EXCEPCIÓN No. 1: EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

Como medio de defensa manifiesta el apoderado de la parte convocada que se debe dar aplicación a lo previsto por el Artículo 1609 del Código Civil conforme al cual “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo

pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

Basa su afirmación en que la parte convocante no entregó a IBICO la suma de \$32.197.807 para gastos legales según lo pactado en el contrato y que este incumplimiento no le permite alegar y exigir que el mismo se cumpla.

Sobre el particular es importante precisar lo siguiente:

a) La sociedad convocante sí se allanó a cumplir con esta obligación, pero fue el mismo representante legal de IBICO quien de manera verbal le indicó al señor Ernesto Salazar que no tenía sentido girar esta suma si a su vez la sociedad convocada, en ejecución del contrato, le tendría que girar otras sumas de dinero, razón por la cual resultaba más práctico realizar un simple cruce de cuentas lo cual evitaría trámites innecesarios así como mayores costos fiscales.

b) El comportamiento contractual de la sociedad convocante ha sido intachable como quiera que realizó todos los aportes dinerarios convenidos en los términos pactados, lo cual se deduce de los documentos aportados como medios de prueba, de los mismos términos en que ha sido presentada la contestación y con lo que se demostrará a través de la práctica de las pruebas solicitadas por las partes.

c) Presentar la excepción de contrato no cumplido como mecanismo de defensa supone una aceptación tácita del incumplimiento por parte de la convocada, pues no tendría sentido alegar el mutuo incumplimiento como un argumento de la defensa, si por parte de quien lo presenta no se ha producido incumplimiento alguno.

d) La jurisprudencia y la doctrina han sido claras al establecer que la excepción que establece el Artículo 1609 del Código Civil sólo procede en aquellos casos en que el incumplimiento mutuo de las partes es correlativo, es decir, cuando resulta evidente que el incumplimiento de uno es la causa motivante del incumplimiento del otro. Bajo esta perspectiva, si en gracia de discusión, aceptásemos que efectivamente mi representada incumplió el contrato al no entregar la suma de \$32.197.807 para gastos legales, no existe ninguna relación entre este comportamiento y los marcados y reiterados incumplimientos de IBICO. Lo dejado de pagar por la sociedad convocante (repito, gracias a un acuerdo verbal con la convocada), no produjo ninguna incidencia en la ejecución del contrato ni afectó los intereses de IBICO de manera que no le permitiera ejecutar el contrato de cuentas en participación y cumplirle a mi representada oportunamente con el pago de las sumas contractualmente convenidas.

e) Finalmente, se equivoca el apoderado de la parte convocada al afirmar que ante el mutuo incumplimiento de los contratantes, ninguno de ellos puede exigir al otro el cumplimiento de las prestaciones a las que se comprometió como consecuencia de la celebración del contrato. El efecto es que ninguno de los contratantes podrá solicitar la sanción por la mora (la indemnización de perjuicios), pero es claro que ambos contratantes conservan el derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones que de manera recíproca y correlativa asumieron con la celebración del acto jurídico.

Sobre este aspecto se pronunció nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha diciembre 7 de 1982, Sala de Casación Civil, en los siguientes términos:

“Si ambos han cumplido ninguno de los dos contratantes está en mora. ¿Qué es la mora? Es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas. No todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone un incumplimiento. Los efectos del incumplimiento son unos, los de la mora son otros. En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales si ambos han incumplido, de ninguno se podrá predicar los efectos que surgen de la mora, únicamente se les pueden aplicar los efectos propios del incumplimiento. ¿Cuáles son los efectos de la mora? Tres, a saber: 1) Permite cobrar perjuicios (C.C., arts. 1610 y 1615). 2) Hace exigible la cláusula penal (C.C. arts. 1594 y 1595) y 3) Invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviniente sobre la cosa debida (C.C. arts. 1731 y 1733). Es decir, en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir

la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreveniente. Eso, y nada más, pero tampoco nada menos, es lo que dice el artículo 1609. Entonces, surge el gran interrogante. ¿Se puede exigir judicialmente el cumplimiento de una obligación si el deudor no está en mora? Obvio que sí. La exigibilidad surge del incumplimiento, no de lo mora. Ello es claro. Pero si alguna duda quedara sobre el particular, la despeja el artículo 1594 del Código Civil, que dice: “Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena sino sólo la obligación principal...” ¿Puede quedar alguna duda? Antes de constituirse el deudor en mora el acreedor puede demandar la obligación principal, pero no puede demandar la pena.

En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Este es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlos, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso...”.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA EXCEPCIÓN No. 2: INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE DISTRIBUIR EL BENEFICIO.

Se fundamenta esta excepción en una interpretación que el apoderado de la convocante hace de las estipulaciones contractuales y de la motivación que tuvieron los contratantes para celebrar el acto jurídico materia de esta disputa procesal. Aceptar esta reflexión supone la existencia de un contrato que sólo beneficia a la sociedad convocada dado que ella controla el proyecto en su integridad, decide cuándo salir a ventas, y de hecho, cuándo suspenderlas y maneja a su antojo el flujo de caja, situación que cobra particular importancia si se tiene en cuenta que IBICO, en su condición de constructor profesional, no sólo desarrolla los proyectos para los cuales está asociada con la sociedad convocante, sino que bien puede desarrollar otros proyectos, reteniendo el giro de dineros a mi representada, esgrimiendo como excusa el hecho de que el proyecto “Mirador de Avalon” aún no está terminado.

Si de comprender cuál fue la intención de las partes al momento de celebrar el contrato se trata, cabe preguntarse entonces lo siguiente:

1. Si lo que querían los partícipes era distribuirse las utilidades del proyecto ¿por qué razón no se expresó con toda claridad en el contrato?

La redacción del contrato es clara en el sentido de que la convocante tiene derecho a recibir la suma de \$840.247.660,50 por concepto del valor del lote; la suma de \$840.247.660,50 por concepto de valorización del mencionado predio; y adicionalmente el 3% de los ingresos brutos por ventas. Ninguno de estos tres rubros está asociado a utilidades del proyecto, como pretende hacerlo creer la parte convocada.

2. Si lo que querían las partes era que el beneficio del partícipe aportante se realizara una vez culminada la totalidad del proyecto, ¿por qué no se expresó así en el contrato?

En el mundo de los negocios es claro que quien realiza una inversión espera una rentabilidad medida en términos de tasas de interés calculadas en función del valor invertido y el paso del tiempo, de manera que entre menos tiempo tarde en recuperarse la inversión más alta será la rentabilidad.

En el caso materia de este proceso no se pactaron intereses a favor de la sociedad partícipe para el reintegro de su inversión, con lo cual resulta lógico concluir que una ejecución equilibrada del contrato por parte de quien tiene el control del mismo, es decir, el partícipe gestor, conduciría al pago, en el menor tiempo posible, al partícipe inversionista, en particular cuando su beneficio no se asocia a utilidades sino a ingresos. En otras palabras, no existe lógica jurídica en el comportamiento del partícipe gestor que le permita retener y

utilizar las sumas de dinero que debió entregar a su contraparte contractual, en especial cuando ella se encuentra en un estado de indefensión por las características propias del modelo de negocio escogido.

Si el contrato no establece cuándo se debe entregar al partícipe inversionista el valor de su beneficio, resulta ilógico considerar que éste se entregará cuando concluya la totalidad del proyecto, no sólo porque esto implicaría que mi cliente debería esperar un importante número de años para recibir, sin intereses, lo que le corresponde, sino porque supondría ir contra la lógica del régimen de obligaciones en Colombia, conforme al cual, si las mismas no se pactan a plazo o bajo condición, necesariamente son puras y simples, es decir deben cumplirse tan pronto nacen. Y en este caso la obligación de entregar a la sociedad convocante el beneficio contractual nace en el mismo instante en que IBICO reciba cada pago por concepto de ventas, independientemente de que haya suscrito las correspondientes escrituras públicas o de que las mismas estén registradas o no. Aceptar la tesis contraria implicaría resolver este caso sin observar lo establecido por el Código Civil Colombiano, pues se estaría suponiendo, según la tesis de la sociedad convocada, que por no haberse pactado expresamente cuándo se pagarían las obligaciones económicas de IBICO, éstas quedaron sujetas a una condición: QUE TODO EL PROYECTO “MIRADOR DE AVALON” ESTUVIERA CONSTRUIDO, VENDIDO, REGISTRADAS LAS VENTAS, ENTREGADOS LOS 240 APARTAMENTOS Y ENTREGADAS LAS ZONAS COMUNES.

El supuesto anterior implicaría, además de un error de carácter legal, una gran injusticia pues un proyecto de semejante magnitud, dentro del contexto de un sector económico con grandes ciclos recesivos, bien podría tardar muchos años en ejecutarse.

Finalmente, al analizar esta excepción cobra gran relevancia la manifestación que las mismas partes hicieron en documento de fecha 31 de agosto de 2006 (Anexo 3 de la solicitud de convocatoria), en torno a un contrato con idénticas cláusulas celebrado entre ellas, en el cual reconocieron que los pagos a la sociedad partícipe se harían conforme al flujo de caja de las ventas del proyecto y no conforme al flujo de caja de IBICO, como lo ha querido interpretar mi contradictor. Lo expresado en el citado escrito fue lo siguiente: “las partes acordaron que a mas tardar, y en forma trimestral y, una vez se iniciara el proyecto LA SOCIEDAD GESTORA procedería a presentar una relación de las ventas de los inmuebles resultantes de la construcción a la SOCIEDAD PARTICIPE, si esta lo consideraba necesario, y pactaron además que una vez presentada esta información y conforme al flujo de caja que arrojaran las ventas del proyecto LA SOCIEDAD GESTORA podría hacer anticipos a la SOCIEDAD PARTICIPE del monto del beneficio que le correspondería por el contrato en mención.”

Por otro lado, la redacción de la cláusula segunda del contrato de cuentas en participación, establece que la liquidación del contrato debe hacerse por etapas.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA EXCEPCIÓN No. 3: INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE PRESENTAR INFORMES.

Resulta exótica, por decir lo menos, esta excepción pues se pretende interpretar la cláusula décima primera del contrato con la rigurosidad propia de quien analiza una norma para determinar las funciones de un servidor público y no bajo los parámetros de la lealtad que se espera en la ejecución de un contrato por parte de quien, como en el caso que nos ocupa, tiene el poder de controlar dicha ejecución.

Obsérvese que la excepción en torno a la cual me pronuncio parte de la base de que IBICO, pudiendo hacerlo, pues ninguna norma ni estipulación se lo prohíbe, decidió administrar el contrato de cuentas en participación de espaldas al partícipe inversionista, con el cuestionable pretexto de que éste no le requirió la información, y de que aunque lo hubiere hecho, tampoco la información hubiese sido suministrada dado que mi cliente no nombró un contralor. Bajo estas circunstancias IBICO se sintió con el derecho de modificar los términos pactados, hasta el punto de que, según lo expresó su representante legal, y se

reitera por su apoderado en la contestación de la demanda, decidió no incluir en los precios de venta la valorización a la que mi cliente tiene derecho.

No es cierto como se afirma en esta excepción que la cláusula décima primera del contrato establezca un procedimiento para presentar informes, el procedimiento de que trata dicha cláusula hace relación con la distribución del beneficio.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA EXCEPCIÓN No. 4: IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO COMO CONSECUENCIA DE CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS E IMPREVISTAS.

La Teoría de la Imprevisión ha sido diseñada para ser alegada, por vía de acción, por aquella de las partes de un contrato de tracto sucesivo que se considere afectada por el cambio en las circunstancias que rodearon la celebración del negocio jurídico, siempre que dicho cambio obedezca a razones imposibles de prever, es decir, a circunstancias extremas, y no a aquellos cambios que la parte afectada sufre como consecuencia de su falta de previsión o cuidado al momento de contratar. En otras palabras, esta figura jurídica no existe para corregir errores cometidos o para “acomodarse” ante unas circunstancias que si bien pueden ser distintas a las inicialmente previstas, no tienen nada de extraordinarias.

Esta excepción así planteada no resulta aplicable al presente caso, veamos.

1. La teoría de la imprevisión, en cuanto se ha diseñado para que un juez de la república, a solicitud de una de las partes, modifique las condiciones económicas de un contrato, o lo extinga, debe constituir la base de una acción o demanda por parte de quien se considere perjudicado por aquellas extremas o extraordinarias circunstancias que ocasionaron la pérdida del equilibrio económico del contrato. Es por ello que no tiene ninguna lógica jurídica presentar esta teoría como un mecanismo de defensa.

La manera como el abogado de la parte convocado ha redactado esta excepción la hace ver más como una pretensión, lo cual desde luego escapa al alcance de la contestación de la demanda. La razón de esta argumentación radica en que el inciso final de la página 40 del escrito de contestación se expresa lo siguiente: “Como quiera que las condiciones económicas se modificaron por las anteriores razones, debe aplicarse la TEORÍA DE LA IMPREVISIBILIDAD Y DE LA REVISIÓN DE LOS CONTRATOS, ya que el contrato celebrado entre las partes es de ejecución en el tiempo y por lo tanto se debe revisar los montos que deben distribuirse los SOCIOS...”.

En consecuencia, si lo que pretende la parte convocada es que se revisen los términos económicos del contrato deberá presentar la correspondiente acción para lograrlo, pero de manera alguna puede pretender que por vía de defensa se pida la declaración judicial de modificación de los términos contractuales, pues ello equivaldría a que, como sucede en este caso, se convalide por medio del laudo arbitral el incumplimiento del contrato.

2. El contrato de asociación y cuentas en participación celebrado entre las partes convocante y convocada tiene por objeto que la sociedad gestora desarrolle un proyecto constructivo, bajo su propia cuenta y riesgo, sobre un lote de terreno para cuya compra el partícipe aportante aportó el cincuenta por ciento (50%) de su valor. El proyecto está plenamente identificado en el contrato, así como igualmente están identificadas las sumas de dinero que la sociedad partícipe debe aportar para el cumplimiento del objeto específico. De la misma manera establece el contrato los beneficios que a cada una de las partes corresponde como consecuencia de la construcción del proyecto denominado “Mirador de Avalon”.

Conforme a lo anterior nos encontramos en presencia de un contrato de ejecución instantánea y de cumplimiento escalonado (Los contratos de tracto sucesivo no deben confundirse con los de ejecución escalonada o a plazo, que son aquellos en las prestaciones de las partes o una de ellas, a lo menos se cumplen por parcialidades: la venta de un cuerpo cierto cuyo precio se paga por cuotas, la venta

de un conjunto de mercaderías cuya entrega debe hacerse por lotes en diferentes períodos.” Alessandri Rodríguez Arturo. DE LOS CONTRATOS, Editorial Temis y Editorial Jurídica de Chile. Pág. 42) dado que las prestaciones de una de las partes, en este caso las de IBICO, se cumplen por parcialidades por cuanto la construcción de los 240 apartamentos que conforman el proyecto requiere tiempo, lo que obliga a que la misma se realice por etapas. Es igualmente escalonado el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad gestora relacionadas con el pago de la participación a la sociedad convocante.

Por la razón anterior, y siendo claro que la parte convocada se equivoca al calificar este contrato como de ejecución sucesiva, resulta imposible admitir la figura de la teoría de la imprevisión como excepción en este caso, ello se deduce de lo previsto por el Artículo 868 del Código de Comercio que en su inciso final establece: “esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”

3. La tercera razón por la cual no resulta procedente esta acción se origina en que la Teoría de la Imprevisión tiene como finalidad evitar daños económicos futuros para la parte que la alegue, o para detener los que ya se vienen causando, pero de ninguna manera puede ser utilizada esta figura para justificar el incumplimiento del contrato. En este caso en particular la parte convocada pretende convencer al señor árbitro de que sus incumplimientos al contrato, en especial el de no reconocer la valorización del lote pactada a favor de la sociedad partícipe, se fundamenta en el cambio extraordinario de las circunstancias económicas que rodearon la celebración del contrato. Dicho de otra manera, IBICO pretende hacer creer que declaró de manera unilateral la existencia de los requisitos en que se fundamenta la Teoría de la Imprevisión, y además la aplicó de manera igualmente unilateral, es más, aún sin avisarle a su contraparte contractual, quien en últimas resultó pagando, vía reducción de su beneficio, la falta de previsión del partícipe gestor.
4. Por último, lo dicho por el apoderado judicial de IBICO para justificar su arriesgada posición jurídica en esta materia, en relación con el cambio de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, no tiene nada de extraordinario ni de imprevisible. No olvidemos que en el contrato que ha dado origen a este conflicto la sociedad convocada se declaró experta en el negocio de la construcción, declaración que ratifica su apoderado en la contestación al escrito de la convocatoria. Siendo ello así, no se entiende cómo los mayores costos en el sector de la construcción por el incremento en la edificación de viviendas, las obras del MIO y la malla vial no hayan podido ser previstas por IBICO, pues en el caso de la construcción de vivienda fue precisamente su reactivación lo que indudablemente motivó a los constructores de la ciudad a acometer la ejecución de nuevos proyectos; y en relación con la malla vial y las obras del MIO, no se puede pretender que en el año 2006 las mismas fueran desconocidas para un experto en esta materia. La misma reflexión cabe para el incremento en las tasas de interés, para las variaciones de precios y para las alteraciones en la oferta y la demanda de vivienda nueva. Tampoco tiene características de imprevisibilidad las dificultades físicas del lote de terreno, las cuales indudablemente eran conocidas por IBICO en el momento en que decidió involucrarse en este contrato.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA EXCEPCIÓN No. 5: ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y DESEQUILIBRIO ECONÓMICO ENTRE LOS ASOCIADOS.

De la lectura de esta excepción se pueden concluir varias cosas a saber:

1. Que IBICO de manera deliberada ha incumplido el contrato por cuanto considera que, de cumplirlo, sufriría un menoscabo económico que la empobrecería, frente a un supuesto y correlativo beneficio de la sociedad convocante. Esto significa, en otras palabras, que IBICO, aprovechándose de su situación de control sobre las finanzas del negocio, ha retenido sin autorización legal o judicial alguna, dineros de

propiedad de mi cliente, amparándose, vía excepción, en un supuesto enriquecimiento sin causa de este último.

2. Al igual que en la excepción anterior, IBICO primero incumple el contrato, espera a que lo demanden, para luego argumentar el enriquecimiento sin causa como justificación para su actuar.

3. Aceptar esta excepción equivale igualmente a reconocer que IBICO, sobre la base de que quería evitar un enriquecimiento sin causa de mi cliente, se creyó con el derecho de modificar el contrato desconociendo la valorización convenida como elemento necesario para fijar los precios de venta, sin contar con la opinión de la sociedad convocante, cuyos representantes depositaron toda su confianza en IBICO.

4. En el texto de esta excepción, como a lo largo de la contestación de la demanda, el apoderado de la parte convocante presenta un análisis particular, y desde luego muy ajustado a los intereses de su cliente, en torno a las participaciones de las partes en el contrato, argumentando que éstas convinieron una participación del 25% de las utilidades para la convocante y 75% para la convocada, además de un 50% de la valorización del lote para cada una de ellas. Sin embargo, en ninguna cláusula del contrato aparecen los porcentajes aquí relacionados, como tampoco aparece estipulación alguna conforme a la cual se establezca que mi poderdante haya aceptado que su participación económica se calcule en función de las utilidades del proyecto. Como el señor árbitro podrá observar, las partes convinieron a favor de mi cliente una participación específica que para nada se relaciona con las utilidades del negocio, veamos: a) se le debe restituir el valor del lote; b) se le debe reconocer el 50% de la valorización la cual a su vez fue convenida en el 100% del valor del lote; y c) se le debe reconocer el 3% de los ingresos por ventas.

Por lo tanto cualquier otra información a este respecto no es más que el producto de una amañada interpretación.

CAPÍTULO OCTAVO

LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

En tiempo oportuno la parte convocada SALAZAR CALDAS formuló demanda de reconvencción contra la convocante IBICO. Sus hechos y pretensiones fueron los siguientes:

HECHOS:

1.- Mediante un CONTRATO DE ASOCIACION Y CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, celebrado el día 24 de noviembre de 2004, las partes de este proceso se asociaron; ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A., como sociedad gestora, y, C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S., como sociedad partícipe, con el fin de desarrollar un proyecto de construcción en la ciudad de Santiago de Cali denominado MIRADOR DE AVALON.

2.- Según lo contempla la CLAUSULA SEGUNDA del referido contrato de asociación y cuentas en participación, la sociedad gestora ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A., se obligó a desarrollar un proyecto de construcción de 240 apartamentos sobre el lote de terreno denominado “LOTE D-3”, distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 370-701031, bajo su cuenta y riesgo; igualmente aporta a la asociación el 50% de la compra del lote de terreno denominado “LOTE D-3”.

3.- Por su parte la sociedad partícipe C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. se obligó a aportar el otro 50% de los derechos de dominio y posesión sobre el lote de terreno

denominado “LOTE D-3”, el que tuvo un costo total de MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTIUN PESOS (\$1.680.495.321.00) MONEDA LEGAL COLOMBIANA, es decir, que cada uno de los socios del contrato aportó la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$840.247.660.50) MONEDA LEGAL COLOMBIANA.

4.- Como se puede observar en los dos hechos anteriores, existen TRES SOCIOS en el presente contrato de asociación y cuentas en participación; el primero, es la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S., como socio inversionista con el aporte del 50% del valor del lote de terreno; el segundo, es la sociedad ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A., también como socio inversionista con el otro 50% del valor del lote de terreno; y el tercero, es la misma sociedad ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A., como socio constructor quien se encargaría de realizar la construcción en un 100% de los 240 apartamentos del conjunto residencial MIRADOR DE AVALON, asumiendo además los riesgos en caso de pérdida.

5.- El objetivo del convenio asociativo y cuentas en participación era desarrollar en la ciudad de Santiago de Cali el PROYECTO URBANISTICO «MIRADOR DE AVALON», tanto es así que en la CLAUSULA SEPTIMA se consagra la duración del contrato estableciéndose expresamente que es hasta que se desarrolle COMPLETAMENTE el proyecto; así es el tenor literal de dicha cláusula:

“SEPTIMA.- DURACION DEL CONTRATO: El término de la asociación que por este contrato se constituye será de cinco (5) años, contados a partir de la fecha del presente documento y podrá ser prorrogado previo acuerdo unánime de los partícipes que se hará constar por escrito y EN TODO CASO SERA HASTA QUE SE DESARROLLE COMPLETAMENTE EL PROYECTO DE CONSTRUCCION MIRADOR DE AVALON, sobre el lote de terreno en la forma descrita o cuando de común acuerdo las partes decidan vender a un tercero el proyecto y el lote de terreno” (las palabras resaltadas que se encuentran en mayúsculas no pertenecen al texto original).

6.- En el contrato de asociación y cuentas en participación las partes establecieron la forma de la distribución del beneficio o utilidades, quedando claramente establecido en la CLAUSULA OCTAVA, que si el proyecto se realiza la sociedad partícipe le correspondería un porcentaje del tres por ciento (3%) de las ventas brutas totales del proyecto, más la inversión que hizo en la compra del LOTE D-3, más el valor del aporte de los gastos legales y escrituración del lote por valor de \$32.197.807.00, más el valor de la valorización del lote la que las partes de común acuerdo estimaron en MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTIUN PESOS (\$1.680.495.321.00), MONEDA LEGAL COLOMBIANA, correspondiéndole al socio partícipe el 50% de dicha cifra.

7.- La sociedad gestora recibiría necesariamente un beneficio sobre las ventas brutas, la devolución de su aporte del lote de terreno y una suma por valorización.

8.- En la correspondencia interna, previa a la firma del contrato de asociación y cuentas en participación, más precisamente en el escrito calendado el 11 de mayo de 2006, suscrito por el Dr. Fernando Ruiz Cáceres, gerente de IBICO S.A., y dirigido al señor ERNESTO SALAZAR RENTERIA, representante legal de la sociedad ahora demandada en reconvención, se puede observar el interés real de las partes, estableciéndose en esta carta que lo que REALMENTE han acordado y así se debe interpretar el contrato es que del 100% de las utilidades se cancelarían el 25% para la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. y el restante 75% le correspondería a la sociedad ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A.; además tanto la sociedad partícipe como la sociedad gestora recuperarían la compra del LOTE D-3, más una inversión estimada por ellos como aportantes.

Así quedó plasmado este efectivo propósito de ambas partes:

“Santiago de Cali, mayo 11 de 2006.

Señor

ERNESTO SALAZAR

Ciudad

REF: Mirador de Avalon — Contrato de Participación

Estimado don Ernesto:

En días pasados le envié el borrador del contrato de la referencia para su revisión y comentarios y usted lo devolvió con correcciones que no podemos aceptar y las cuales le expliqué en la reunión que sostuvimos el día de hoy y que resumo a continuación.

Como usted recuerda la base de este convenio se hizo fundamentado en el que suscribimos para el proyecto de Camelot, el cual se fundamentaba en que si usted aportaba el 50% del valor del lote, el proyecto le devolvía su inversión más el 25% de la utilidad.

Para simplificar el proceso se estimó que la utilidad sobre las ventas eran del 15% y por lo tanto su 25% de participación equivalía al 3.75% de las ventas y de esta forma se suscribió al contrato para este proyecto.

Terminada la primera torre hemos encontrado que el porcentaje real de utilidad sobre ventas no alcanzó el 15% por imponderables costos y de tiempo y llegó solamente al 12% lo que aplicando su 25% equivalía solamente al 3% de las ventas.

A pesar de esta realidad, la Constructora no le solicitará ningún reajuste en este factor pues consideramos que debemos respetar las condiciones pactadas en el contrato mencionado y asumiremos las consecuencias de nuestro error.

En contraste con lo anterior, la revisión de la estructura de costos de Avalon nos indica que en el mejor de los casos se obtendría una utilidad del 12% sobre ventas y por lo tanto sosteniéndole el 25% de su participación conforme al convenio original equivalía al 3% de las ventas.

Cabe anotar que su inversión tiene una tasa de retorno de más del 5% mensual por los próximos 5 años, lo cual en esta época es una tasa espectacular más aún si tenemos en cuenta que se la entregamos libre de impuestos y de una forma que es asimilable en sus estados contables.

Estamos seguros que usted sabrá entender las ventajas que tiene para usted el negocio planteado de esta forma y por lo tanto lo invitamos a suscribir el convenio de esta forma.

Reiterándonos como sus seguros servidores y amigos.

Cordialmente,

FERNANDO RUIZ CACERES

Gerente”

9.- ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A., consideraba que el proyecto de construcción MIRADOR DE AVALON iría a generar el 12% sobre las VENTAS BRUTAS de utilidad, y por lo tanto, estableció un 3% para ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. y un 9% para ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A., teniendo en cuenta que IBICO SA. tendría TODO EL CAPITAL DE RIESGO y realizaría el proyecto de construcción en un 100%.

10.- Sin embargo, la realidad económica del proyecto urbanístico MIRADOR DE AVALON es que la TORRE A, SIN VALORIZACION DEL LOTE, deja una utilidad del 8.49%, es decir, mucho menos que el 12% esperado; la TORRE B, SIN VALORIZACION DEL LOTE, deja una utilidad del 9.56%, esto es mucho menos que el 12% esperado.

11.- Para las torres C, D y E, el panorama no es el mejor, y es así como para la TORRE C, se calcula un 4.32% de utilidad; para la TORRE D, un 4.88% de utilidad; y para la TORRE E, un 3.98% de utilidad, lo que significa sin lugar a dudas que las realidades contractuales pactadas por las partes han variado ostensiblemente, pues las utilidades esperadas SON MUY INFERIORES a las estimadas inicialmente.

12.- Las CAUSAS ECONOMICAS que generan esta MENOR UTILIDAD del proyecto de construcción se pueden identificar en lo siguiente:

- a) Los costos de construcción se han incrementado en un MAYOR VALOR al incremento de los precios: el sustancial incremento en la demanda de mano de obra y de materiales debido al crecimiento que han tenido no solamente la construcción de vivienda sino también las obras públicas en la ciudad como el MIO y la MALLA VIAL, han generado una peligrosa inflación en estos insumos vitales para la construcción de las torres; adicionalmente el crecimiento de la demanda internacional en algunos países especialmente en la China y la India, han generado incrementos asombrosos en materiales tan importantes como el acero y el cobre.
- b) Los costos financieros se han incrementado desde MAYO DE 2006, fecha en que se concibe el proyecto a MAYO DE 2008, teniendo en cuenta que para esa época teníamos una tasa del 11% ó 12% y ahora estamos con tasas del 20%.
- c) La mayor oferta en el mercado ha impedido que los 240 apartamentos se vendan en un menor tiempo. Esto ha generado 38 meses más de construcción.
- d) La mayor oferta en el mercado desde el año 2006 no ha permitido INCREMENTAR LOS PRECIOS acorde con el MAYOR INCREMENTO DE COSTOS DE CONSTRUCCION Y FINANCIEROS, sino conforme a la competencia, para poder vender el producto APARTAMENTO; generando, además, un gasto de publicidad superior al presupuestado para la atracción de los clientes.
- e) La mayor oferta en el mercado ha obligado al SOCIO CONSTRUCTOR a MEJORAR LOS ACABADOS para ser competitivo, INCREMENTANDO COSTOS al PROYECTO inicial; en efecto la competencia para este tipo de construcciones es muy fuerte; observemos los siguientes proyectos de construcción:
(El cuadro comparativo es visible en el original de la demanda de reconvención).
- f) Los problemas que tenía el terreno y que son responsabilidad de los socios inversionistas ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A., y C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S., como son la línea de alto voltaje que atravesaba el terreno, la cual debía reubicarse a un costo de \$90.000.000.00; adicionalmente la construcción se vio obligada a edificar redes de acueducto desde el barrio Bellavista de la ciudad de Cali, hasta el proyecto urbanístico Mirador de Avalon, en un recorrido de más de 3 kilómetros; igualmente a estos imprevistos debe sumársele la demolición de roca que tuvo que realizarse a un costo de \$7.000.000.00.; así mismo se han presentado adecuaciones en zonas comunes adicionales; el equipo adicional para el manejo de basuras a un costo de \$13.000.000.00; y, una barra estabilizadora para acceso a la Torre A.
- g) Las unidades vendidas no han sido lo que se esperaba cuando se firmó la asociación, así por ejemplo:
En la TORRE A, la cual consta de 48 apartamentos, se han vendido sólo 36 unidades, las cuales son:
(El cuadro explicativo es visible en el original de la demanda de reconvención).
En la TORRE B, la cual consta de 48 apartamentos, se han PROMETIDO EN VENTA sólo 41 unidades.
En la TORRE C, la cual consta de 48 apartamentos, se han PROMETIDO EN VENTA sólo 40 unidades.
En la TORRE D, la cual consta de 48 apartamentos se han PROMETIDO EN VENTA vendido sólo 2 unidades.
En la TORRE E, la cual consta de 48 apartamentos, NO se han vendido NI PROMETIDO EN VENTA unidades.
El total de apartamentos del proyecto son 240; y tan sólo se han vendido a la fecha 36 unidades, las demás sólo se han prometido en venta, es decir, es una cifra muy por debajo de lo que se esperaba con el negocio del proyecto.
- h) A los clientes del proyecto no les parece muy atractivo el panorama visual hacia la montaña.
- i) Existen muchos proyectos con menores costos por metro cuadrado.
- j) La publicidad negativa sobre la zona cercana al barrio Siloé de Cali.

k) El no cumplimiento de las metas programadas están generando costos adicionales para el mantenimiento publicitario, de personal y logística para terminar el proyecto.

13.- Como quiera que las condiciones económicas se modificaron por las anteriores razones, debe aplicarse la TEORIA DE LA IMPREVISIBILIDAD Y DE LA REVISION DE LOS CONTRATOS, ya que el contrato celebrado entre las partes es de ejecución en el tiempo y por lo tanto se debe revisar los montos que deben distribuirse los SOCIOS INVERSIONISTAS EN TIERRA (IILIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A., y C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S.), con el SOCIO CONSTRUCTOR (IILIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A.), pues como se dejó consignado en el hecho 4º, en esta relación contractual son TRES LOS SOCIOS, no dos.

14.- En el PRESUPUESTO DEL PROYECTO AVALON que realizó la constructora IBICO S.A. en 2005 y 2006 antes de firmar el CONTRATO, respaldaba poder darle a sus socios el 3% de las ventas brutas como utilidad y el 50% de la valorización del terreno, además de restituirle el aporte de capital.

15.- Me han conferido poder especial para iniciar la presente acción ordinaria.

Como pretensiones el reconviniente plantea las siguientes:

PRETENSIONES PRINCIPALES:

PRIMERA.- QUE SE DECLARE los términos en que se celebró el contrato de asociación en donde los SOCIOS APORTANTES DE CAPITAL C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S. e ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A. aportan el terreno y el SOCIO DE RIESGO Y CONSTRUCTOR ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A., aporta todo el capital para construir el proyecto.

SEGUNDA.- Que se DECLARE que la real intención de las partes era obtener utilidades por este negocio pero si habían perdidas C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S., sólo responde hasta por el monto de su aporte que es el 50% del lote como claramente lo establece la CLAUSULA SEGUNDA del CONTRATO DE ASOCIACION Y CUENTAS EN PARTICIPACION, celebrado el día 12 de mayo de 2006.

TERCERA.- Que se DECLARE que la real intención de las partes era distribuirse las UTILIDADES del PROYECTO de la siguiente forma:

Para la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S., el 25% de las utilidades del proyecto que se reflejaban en un 3% de las ventas brutas, y el 50% estimado como valorización del terreno.

Para la sociedad ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A., el 75% de las utilidades del proyecto que se reflejaban en un 9% de las ventas brutas y el 50% estimado como valorización del terreno.

CUARTA.- Que la sociedad ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A., como socio constructor, devolvía igualmente el monto del aporte del capital que se refleja en lo pagado en el lote de terreno por ambos socios capitalistas ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A. y C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C.S.

QUINTA.- Que se ORDENE como consecuencia de circunstancias económicas extraordinarias, imprevistas e imprevisibles ocurridas posteriormente a la celebración del contrato de asociación y cuentas en participación celebrado el día 12 de mayo de 2006, entre las sociedades IBICO S.A. y SALAZAR CALDAS, cuyo objeto es el desarrollo del proyecto de construcción Mirador de Avalon, REAJUSTAR conforme a reglas de equidad y tal como lo consagra el artículo 868 del Código de Comercio, la forma en que se deben distribuir los beneficios económicos entre los socios aportantes IBICO S.A. y SALAZAR CALDAS, que permitan que IBICO S.A. cumpla con la prestación a que se obligó y que permite el equilibrio económico de las partes del contrato.

SEXTA.- Con fundamento en la real intención de las partes, ESTABLECER que se debe distribuir las utilidades del proyecto en un 25% para la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS

& CIA. S. EN C.S., y en un 75% para ILLIMANIS BUILDING CONSTRUCTOR S.A. IBICO S.A., además de devolver el aporte del capital; y que esta distribución comprenderá todos los rubros y beneficios para los asociados incluyendo la VALORIZACION del terreno que está representada en los mayores precios de los apartamentos por el transcurso del tiempo.

SEPTIMA.- Con fundamento en dictámenes periciales rendidos por ingenieros, contadores, economistas y administradores de empresas, DETERMINAR las reales utilidades de la TORRE A que sería en estos momentos la UNICA TORRE terminada y entregada y determinar en consecuencia el valor que debe entregarse a los socios.

OCTAVA.- Con fundamento en dictámenes periciales rendidos por ingenieros, contadores, economistas y administradores de empresas, DETERMINAR las reales utilidades de la TORRE B, y ESTABLECER en consecuencia el valor que debe entregarse a los socios.

NOVENA.- Con fundamento en dictámenes periciales rendidos por ingenieros, contadores, economistas y administradores de empresas, DETERMINAR las reales utilidades de la TORRE C, y ESTABLECER en consecuencia el valor que debe entregarse a los socios.

DECIMA.- Con fundamento en dictámenes periciales rendidos por ingenieros, contadores, economistas y administradores de empresas, DETERMINAR las reales utilidades de la TORRE D, y ESTABLECER en consecuencia el valor que debe entregarse a los socios.

DECIMA PRIMERA.- Con fundamento en dictámenes periciales rendidos por ingenieros, contadores, economistas y administradores de empresas, DETERMINAR las reales utilidades de la TORRE E, y ESTABLECER en consecuencia el valor que debe entregarse a los socios.

DECIMA SEGUNDA.- ESTABLECER el método que debe tenerse en cuenta para liquidar las TORRES C, D y E una vez que se concluyan.

DECIMA TERCERA.- DECLARAR que las UTILIDADES del PROYECTO se cancelarán al finalizar la construcción de las CINCO TORRES y la venta de los 240 APARTAMENTOS y no antes.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

Como PRIMERA PRETENSION SUBSIDIARIA a la ÚLTIMA DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES, solicito DECLARAR que se paguen las UTILIDADES por TORRE una vez que se entregue la TOTALIDAD DE LA TORRE a los compradores, se liquiden las utilidades y se conceda un plazo de SEIS MESES para cancelar las que corresponden al socio SALAZAR.

Como SEGUNDA PRETENSION SUBSIDIARIA a las PRETENSIONES PRINCIPALES 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, y 13 y conforme a lo permitido en el artículo 868 del Código de Comercio, si el señor árbitro considera que no es posible REAJUSTAR la forma de distribuir las utilidades, se sirva PROCEDER en consecuencia a DECRETAR LA TERMINACION DEL CONTRATO, LA LIQUIDACIÓN DEL MISMO Y A ORDENAR las restituciones de dinero respectivas entre los socios del contrato conforme a las reglas de equidad que el señor Arbitro estime.

CAPÍTULO NOVENO

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

En la oportunidad legal la parte convocante y reconvenida contestó la demanda de reconvencción en los siguientes términos:

HECHO No. 1: No es cierto. La redacción de este hecho contiene tres afirmaciones contrarias a la realidad, éstas son: a) el contrato celebrado para desarrollar el proyecto “Mirador de Ávalon” fue suscrito por las partes el 12 de mayo de 2006, y no el 24 de noviembre de 2004; b) no fue la sociedad C.I. SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C. S. la que celebró el contrato, sino la sociedad SALAZAR CALDAS & CIA. S. EN C. S., hoy Salazar Caldas & Cia. S.C.A.; c) la afirmación conforme a la cual el fin del contrato fue “desarrollar un proyecto de construcción en la ciudad de Santiago de Cali denominado MIRADOR DE ÁVALON.” no es más que una interpretación de quien redactó la demanda de reconvención, pretendiendo desde ahora convencer al señor árbitro de que eran ambas partes las responsables de desarrollar el proyecto, cuando lo cierto, según los términos de la cláusula segunda del contrato, es que dicha responsabilidad la asumió la sociedad convocada reconviniendo, lo cual se desprende de la siguiente redacción: “SEGUNDA.- OBJETO DEL CONTRATO: Por medio de este contrato LA SOCIEDAD GESTORA se obliga a desarrollar un Proyecto Constructivo sobre el lote de terreno descrito en la cláusula primera bajo su cuenta y riesgo y con el aporte que hace LA SOCIEDAD PARTICIPE del 50% del activo descrito, con la obligación de rendir cuentas al finalizar cada etapa del Proyecto o trimestralmente cuando se lo solicite LA SOCIEDAD PARTICIPE y distribuir el beneficio en el porcentaje señalado mas adelante. LA SOCIEDAD PARTICIPE no asumirá pérdidas en la operación desarrollada por LA SOCIEDAD GESTORA y la responsabilidad de la SOCIEDAD PARTICIPE no gestora, se limita al valor de su aportación, el lote de terreno descrito en el punto primero en donde cada uno invirtió en su compra el 50% del mismo y el valor de los gastos legales y de escrituración que se detallan en el punto 3 de este contrato.”

HECHO No. 2: Es parcialmente cierto en cuanto a la responsabilidad que asumió IBICO, no es cierto en relación con la referencia que se hace al número de apartamentos a construir, al lote de terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto y a su matrícula inmobiliaria. Estos datos no están contenidos en la cláusula segunda del contrato.

HECHO No. 3: Es cierto en cuanto al valor total del lote y en cuanto al aporte que cada uno de ellos hizo para pagarlo. Reitero que se cita incorrectamente el nombre de la sociedad partícipe aportante.

HECHO No. 4: No es cierto. Los tres socios de que trata este hecho no existen en el contrato. IBICO no tiene una doble calidad contractual como pretende hacerlo creer su apoderado judicial. El hecho de que esta compañía tenga dos obligaciones (la de aportar el 50% del valor del lote y la de desarrollar el proyecto), no significa que ello constituya dos aportes distintos en un mismo contrato. Aceptar esta teoría equivaldría a suponer que en una hipotética situación de conflicto derivada del contrato, IBICO podría actuar como demandante y demandado en un mismo proceso, situación contraria a la lógica procesal colombiana.

HECHO No. 5: No es cierto. El objetivo del contrato no está determinado por el texto de la cláusula séptima como pretende hacerlo creer la parte convocada reconviniendo. Tal como lo expresé en mi pronunciamiento frente al hecho No. 1 de la demanda de reconvención, el objetivo del contrato está claramente determinado en la cláusula segunda del mismo.

Ahora bien, la redacción de la cláusula séptima no constituye más que los parámetros que permiten establecer cuál será el tiempo de duración del acuerdo de voluntades.

HECHO No. 6: Es cierto.

HECHO No. 7: No es cierto. La redacción de este hecho no constituye más que una interpretación del autor del escrito.

El hecho de que la sociedad partícipe (SALAZAR CALDAS & Cia. S.C.A.) tenga derecho a recibir el 3% de las ventas, la devolución de sus aportes económicos y el 50% de la valorización del terreno, no significa que a eso mismo tenga derecho el partícipe gestor, dado que como él desarrolla el proyecto bajo su cuenta y riesgo, asume la eventualidad positiva o negativa (aleas) del resultado del proyecto.

En consecuencia, si una vez liquidadas las cuentas de cada torre las mismas arrojaran utilidad, que medida en valores absolutos, representare más que los valores pagados a favor del partícipe aportante, dicha utilidad pertenecería en su totalidad a IBICO sin que el partícipe aportante tuviera derecho o reclamar suma alguna como beneficio adicional, y todo por una razón: EL BENEFICIO DEL PARTICIPE APORTANTE NO SE PACTÓ EN FUNCIÓN DE LAS UTILIDADES.

De igual manera, si el resultado del proyecto fuera negativo, o siendo positivo, arrojaré una suma inferior a la que recibió la sociedad Salazar Caldas & Cia. S.C.A., no tendría IBICO derecho alguno a reclamar a la sociedad convocante reconvenida la devolución de dineros para equilibrar las cuentas. Todo esto por una razón: IBICO ASUMIÓ EL RIESGO DEL PROYECTO, tal como se desprende del contenido de la cláusula segunda del contrato.

HECHO No. 8: No es cierto. Interpretar como la verdadera intención de las partes una comunicación enviada un día antes de la celebración del contrato, sin obtener respuesta, no corresponde a los principios rectores del régimen de contratos en nuestro país, por cuanto siendo el consentimiento la piedra angular de todo contrato, ningún consentimiento puede deducirse de una comunicación como la fechada el 11 de mayo de 2006, en tanto en cuanto respecto de ella no hubo respuesta.

Ahora bien, dicha comunicación se limita a explicar la razón por la cual IBICO consideró que la participación de la sociedad convocante reconvenida debía pactarse en el 3% de las ventas brutas, y de ninguna manera, como lo pretende hacer creer mi contradictor, constituye una invitación a pactar la participación de mi cliente como un porcentaje de las utilidades (el 25%). La referencia que a este porcentaje se hace en la citada comunicación es única y exclusivamente para informarle a mi cliente que el 3% de los ingresos por ventas equivalía en ese momento al 25% de las utilidades estimadas, pero de ninguna manera significa que a mi cliente se le estaba invitando a participar de dichas utilidades, ni mucho menos en la indicada proporción. En últimas el tantas veces mencionado porcentaje solo sirvió como punto de referencia basado en una proyección económica.

Lo que se deduce de esta comunicación es que IBICO siempre se cuidó de no ofrecerle participación en utilidades a la sociedad convocante, congelándole en un porcentaje fijo sobre los ingresos brutos por ventas su beneficio contractual. El famoso porcentaje del 25% de las ventas fue utilizado como un elemento de comparación, pero de ninguna manera como un convenio definitivo, pues de hecho, lo que se acordó según la ya citada cláusula segunda del contrato, es que los riesgos económicos del proyecto fueron asumidos por la convocada reconviniente.

HECHO No. 9: No es cierto, no se trata de un hecho. Esta redacción es sólo la opinión del apoderado de la sociedad convocada reconviniente, y de ninguna manera corresponde a lo que se pactó en el contrato. De todas maneras invito al señor árbitro a analizar esta redacción con sumo cuidado pues ella no es más que el reflejo de la manera como IBICO siempre ha manipulado los términos del contrato para obtener una mayor ventaja económica en detrimento de los intereses de mi cliente.

HECHO No. 10: No es cierto. En cuanto a la realidad de estas cifras me atenderé a lo que se pruebe en el proceso. Pero más allá de cual haya sido el verdadero monto de las utilidades, o si éstas se produjeron o no, ello resulta irrelevante en esta discusión jurídica, pues como lo demostraré a lo largo del proceso, IBICO ASUMIÓ EL RIESGO DE GANAR O DE PERDER.

HECHO No. 11: No es cierto. La conjugación de verbos a futuro que contiene esta redacción demuestra que no se trata de un hecho por cuanto no ha ocurrido. Lo que aquí se dice no es más que un conjunto de cifras que espero puedan ser probadas. Pero más allá de cual vaya a ser el verdadero resultado económico para las torres C, D y E, al igual que lo manifesté en mi pronunciamiento sobre el hecho anterior, ello resulta irrelevante en esta discusión jurídica, dado que IBICO ASUMIÓ EL RIESGO DE GANAR O DE PERDER.

HECHO No. 12: No es cierto. La menor utilidad de un proyecto no puede obedecer exclusivamente a factores externos como pretende hacerlo ver la sociedad convocada

reconviniente. Como lo podrá observar el señor árbitro, todas las circunstancias narradas en este hecho, las cuales desde luego deberán ser probadas, son ajenas a la responsabilidad de IBICO, sin embargo, no por ello se puede concluir que son dichas circunstancias las que ocasionan una reducción en las utilidades para esta compañía. Para que se pueda llegar a esta conclusión la sociedad partícipe gestora deberá demostrar que actuó de manera responsable y ajustada a los vaivenes del mercado, y que no obstante ello, dicha “menor utilidad” se produjo.

Ahora bien, la menor utilidad de la que trata este hecho de ninguna manera obedece a la responsabilidad de la sociedad convocante reconvenida, ni puede afectar el beneficio contractual pactado en su favor, pues como ya lo hemos expresado, fue IBICO quien asumió el riesgo de ganar o de perder en el proceso cuando pactó para el partícipe aportante un beneficio fijo en términos económicos, asumiendo la sociedad partícipe gestora la responsabilidad económica del proyecto.

HECHO No. 13: No es cierto. No es un hecho sino una pretensión. Tampoco es cierto que las partes hayan celebrado un contrato de ejecución en el tiempo. Como lo demostraremos en las excepciones de fondo, se trata de un contrato de ejecución instantánea, y además aleatorio, razones que hacen imposible la aplicación de la teoría de la imprevisión y de la revisión de los contratos.

Por otra parte tampoco es cierto que el contrato tenga tres socios, lo cual afirmo con base en lo que expuse en mi pronunciamiento sobre el hecho No. 4 de la demanda de reconvenición.

HECHO No. 14: Me atendré a lo que se pruebe en el proceso.

HECHO No. 15: No es cierto, el abogado Dr. Víctor Manuel Marín Hernández no tiene poder que le permita presentar esta demanda de reconvenición. El poder que le otorgó el representante legal de IBICO para contestar la convocatoria y atender la acción incoada contra esa compañía, no lo faculta para reconvenir, siendo claro que por tratarse de una nueva acción que involucra unas pretensiones, es decir, la disposición de un derecho litigioso, el abogado en mención debió haber obtenido facultad expresa para estos efectos.

El señor apoderado de la reconvenida se opuso a las pretensiones en estos términos:

Pronunciamiento preliminar: Algunas de las pretensiones a las cuales me referiré a continuación, no guardan relación con los hechos de la demanda, situación de por sí suficiente para que sean desestimadas por el señor árbitro. Estas pretensiones son: la décima segunda, la décima tercera y la primera pretensión subsidiaria.

PRETENSIONES PRINCIPALES

Pretensión primera: Me opongo a esta pretensión por cuanto no fueron tres los socios del contrato sino solamente dos: Salazar Caldas & Cia. C.S.A. e IBICO.

Pretensión segunda: Me opongo a esta pretensión por cuanto las partes no pactaron el beneficio de mi cliente como un porcentaje de las utilidades.

Pretensión tercera: Me opongo a esta pretensión por cuanto las partes no pactaron el beneficio de mi cliente como un porcentaje de las utilidades.

Pretensión cuarta: Me opongo a esta pretensión. IBICO no representa dos partes contractuales distintas.

Pretensión quinta: Me opongo a esta pretensión. Ni han ocurrido circunstancias económicas extraordinarias ni imprevisibles que permitan aplicar la teoría de la imprevisión y la revisión de los contratos, ni es posible tampoco aplicar esta teoría por cuanto el contrato celebrado por las partes en contienda es aleatorio y de ejecución instantánea.

Pretensión sexta: Me opongo a esta pretensión. Como lo expresé anteriormente, en ningún momento fue intención de las partes contratantes que el beneficio para la convocante estuviera representado en un porcentaje de las ventas.

Pretensiones séptima, octava, novena, décima y décima primera: Me opongo a estas pretensiones. Los términos del contrato son absolutamente claros para liquidar

matemáticamente el beneficio económico de mi cliente con lo cual no se requiere la intervención de expertos.

Pretensión décima segunda: Me opongo a esta pretensión. El contrato señala el método a seguir, sólo se trata de que IBICO cumpla con aquello a lo que se comprometió.

Pretensión décima tercera: Me opongo a esta pretensión. El partícipe aportante tiene derecho a que se le liquide su participación sin esperar a que se concluya la totalidad del proyecto.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Pretensión primera: Me opongo a esta pretensión. El partícipe aportante tiene derecho a que se le liquide su participación sin esperar a que se entregue la totalidad de cada torre, pues dicha entrega no hace relación directa con la manera como IBICO recibe los ingresos por ventas.

Pretensión segunda: Me opongo a esta pretensión. Dado que no resulta aplicable la teoría de la imprevisión y de revisión de los contratos.

La reconvenida formuló las siguientes excepciones:

1. AUSENCIA ABSOLUTA DE PODER PARA DEMANDAR

La legislación procesal civil colombiana establece que, salvo contadas excepciones, las personas que hayan de comparecer al proceso deben hacerlo por conducto de un abogado inscrito, a eso se refiere el derecho de postulación de que trata el Artículo 63 del Código de Procedimiento Civil.

El poder constituye un verdadero contrato de mandato entre la parte que lo otorga y su abogado, conforme al cual este último adquiere la facultad de representación judicial del primero y asume la responsabilidad jurídica y profesional por los resultados que el proceso arroje a favor o en contra de su cliente. Ello ocurre por cuanto el desarrollo de nuestra legislación y los intrincados detalles normativos, tanto en lo sustancial como en lo procesal, hacen imposible que una persona sin formación jurídica pueda asumir su defensa sin el altísimo y gravísimo riesgo de enfrentar decisiones judiciales adversas por falta del conocimiento técnico suficiente.

Nuestra legislación prevé que el apoderado judicial no tiene libertad absoluta para actuar, es decir, su intervención en el proceso se circunscribe a los límites que le han sido señalados por el poder otorgado, así lo establece el Artículo 70 del Código de Procedimiento Civil modificado por el numeral 26 del Artículo 1° del D.E. 2282/89, el cual, en su inciso tercero, establece lo siguiente:

“El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante, siempre que se relacionen con las que en el poder se determinan.”(Las negritas no son del texto original)

Así las cosas, resulta claro que es la parte procesal poderdante la que determina las facultades de su apoderado, facultades cuyo alcance se ha precisado por el mismo Código de Procedimiento Civil a través del ya citado Artículo 70.

En materia de reconvenición es muy distinta la situación del apoderado de la parte reconvenida que la del apoderado de la parte reconviniente, dado que el primero no requiere de un poder adicional distinto de aquel que le fue conferido para la representación de la parte demandada reconvenida, mientras que el segundo sí requiere de una facultad especial para contrademandar.

Lo anterior se deduce de lo siguiente: El inciso cuarto del otrora Art. 70 C.P.C. establece que el poder para actuar en un proceso permite representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvenición, la intervención de terceros, habiéndose interpretado por la doctrina y jurisprudencia que esta disposición, en materia de reconvenición, se refiere al apoderado de la parte demandante y no al apoderado del demandado, quien para presentar una demanda de reconvenición requiere facultad expresa de su mandante como quiera que al

formular pretensiones debe hacerlo dentro de los límites que se le señalan en el poder, según se deduce del ya citado inciso tercero del referido Artículo 70 *ibídem*.

Sobre la necesidad de poder o facultad expresa para presentar demanda de reconvención comenta el autor Hernán Fabio López Blanco lo siguiente:

“Según el inc. 3º. del art. 70 el poder para un proceso habilita también al apoderado para “representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvención”. La norma tiene como finalidad permitir que si un apoderado recibe poder para iniciar un proceso civil, y, en efecto lo hace pero la parte demandada presenta contrademanda, puede el mismo apoderado contestar la demanda de reconvención e intervenir sin necesidad de autorización expresa para hacerlo.

Sin embargo, cuando un demandado otorga un poder si el poder no contiene la facultad expresa de presentar demanda de reconvención, debe limitarse ese apoderado a llevar la defensa de la parte demandada; la demanda de reconvención es otra demanda que origina un nuevo juicio, que por razones de economía procesal se tramita conjuntamente con el proceso iniciado en primer término y por eso es que no podrá el apoderado de la parte demandada, sin expresa facultad para hacerlo, presentar demanda de reconvención, salvo que actúe como agente oficioso y se reúnan los requisitos necesarios y prospere la actuación en tal sentido; si el poder para representar a la parte demandada no dice nada sobre la facultad de contrademandar, sería insuficiente ya que la ley no puede presumir la facultad para contrademandar dado que se trata de ventilar relaciones jurídicas diferentes.”(Las negritas no son del texto original)

El poder otorgado al abogado Víctor Manuel Marín por el señor Fernando Ruiz Cáceres en su condición de representante legal de Illimanis Building Constructor S.A. Ibico S.A. no contiene la facultad expresa para presentar demanda de reconvención, dicho poder fue otorgado para representar a la sociedad convocada en la acción incoada por la sociedad Salazar Caldas & Cia. S.C.A. y para nada más.

Conforme a lo anterior, resulta evidente que la demanda de reconvención que ahora contesto fue presentada por un abogado con insuficiente poder para representar a la sociedad reconviniente, situación que impide un pronunciamiento de fondo del señor árbitro sobre las pretensiones de la contrademanda.

2. AUSENCIA DE REQUISITOS PARA DAR APLICACIÓN A LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Constituye el eje central de las pretensiones de la demanda de reconvención la supuesta existencia de circunstancias extraordinarias que habrían modificado el equilibrio económico del contrato, lo cual, al decir de las palabras del apoderado de la parte convocada reconviniente, debe conducir a la modificación de las prestaciones contractuales o a la extinción del contrato, según lo que resulte probado ante el señor árbitro.

De la lectura de los hechos y pretensiones del escrito de reconvención se puede concluir que no se cumplen ninguno de los requisitos previstos por el Artículo 868 del Código de Comercio para que se considere probada la “Teoría de la Imprevisión, veamos por qué:

A. No han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato.

El hecho 12 de la demanda de reconvención establece que se ha generado una “menor utilidad del proyecto de construcción”, y que dicha menor utilidad, por haberse producido por circunstancias imprevistas, amerita que el señor árbitro dé aplicación a esta teoría contractual modificando o extinguiendo el acuerdo de voluntades. Sin embargo, como se puede observar sin mayor esfuerzo analítico, ninguno de los argumentos económicos esbozados permite siquiera presumir que con posterioridad a la celebración del contrato ocurrieron movimientos económicos extraordinarios, imprevistos o imprevisibles que escaparon a lo que las partes en el momento de la celebración del contrato pudieron razonablemente prever. Analicemos uno a uno los argumentos y teorías contenidos en el referido hecho No. 12 del escrito de reconvención:

a) Que los costos de construcción han crecido por encima del promedio del incremento de precios debido al aumento de los volúmenes de construcción de vivienda y por las obras públicas relacionadas con el MIO y la MALLA VIAL, todo lo cual ha generado una 'peligrosa inflación', que unido a la demanda internacional de China e India, ha producido 'asombrosos' incrementos en el acero y el cobre.

Esta información no implica que realmente haya ocurrido un cambio macroeconómico imprevisto. IBICO es un experto en la materia según quedó contenido en el contrato de cuentas en participación, lo cual fue aceptado y ratificado en la contestación a la convocatoria a este tribunal, y en tal sentido no podían escapar a su previsión los incrementos en los precios de los materiales de construcción que podían causar las obras públicas de la MALLA VIAL y el MIO, las cuales no aparecieron en el escenario regional de la noche a la mañana, es decir, se trata de proyectos ampliamente conocidos desde hace varios años. Tampoco puede argumentar el representante de IBICO que no tenían como prever el efecto inflacionario que pudiera producir en el mercado el alto número de viviendas que se construye en la ciudad. Si IBICO decidió construir viviendas es porque interpretó que el mercado contaba con suficiente demanda para adquirirlas, lo cual también hicieron otro gran número de constructores en la ciudad, competencia que era de esperar ante la escasez de oferta que se apreciaba. Desconocer que la alta demanda de materiales de construcción habría de ocasionar un importante aumento de los precios implica afirmar que no se conoce con profundidad el negocio respecto del cual IBICO se autodenominó "experto".

La excesiva inflación y los incrementos asombrosos de que trata este hecho no constituyen más que una exagerada apreciación de quien pretende con la fuerza de sus palabras, que no con la de los hechos y las pruebas, demostrar que tiene la razón.

b) Que los incrementos en los costos financieros han pasado del 12% al 20%.

En una economía como la colombiana en la que la tasa máxima de mora ha llegado a estar por encima del 100% efectivo anual, un incremento de 8 puntos en las tasas de crédito, no tiene nada de extraordinario o imprevisto.

c) Que la mayor oferta en el mercado ha retrasado la velocidad de las ventas y aumentado los tiempos de construcción.

Resulta imposible aceptar que un experto en materia de construcción de vivienda, como IBICO, no espere un incremento en la competencia que ofrezca otras alternativas a los compradores potenciales con las consecuencias que ello pueda implicar en materia de saturación del mercado y velocidad en la venta de las unidades.

d) Que la mayor oferta en el mercado no ha permitido aumentar los precios de venta de tal forma que se puedan equilibrar los mayores costos financieros y de construcción, debiéndose ajustar a los parámetros de la competencia.

En toda economía abierta como la nuestra hay competencia, y es ella la que en gran medida determina los precios del mercado, de tal suerte que a mayor competencia mayor necesidad hay de ajustar los precios a la baja, en tanto que cuando la competencia disminuye resulta posible incrementar precios y por tanto utilidades. Pero nada de lo anterior puede considerarse como extraordinario, imprevisto o imprevisto, todo lo contrario, un constructor experimentado no puede menos que esperar verse enfrentado a la competencia. Aceptar esta teoría equivale afirmar que IBICO proyectó la construcción del proyecto "Mirador de Ávalon" en un ambiente de no competencia o de competencia mínima, de manera que la supuesta alta competencia a la que ahora se enfrenta constituye un hecho tan sorprendente y tan extraordinario que echa por la borda toda razonable previsión.

e) Que la mayor oferta en el mercado le ha obligado a mejorar los acabados incrementando los costos del proyecto.

Esto tampoco tiene nada de extraordinario o imprevisto, no es más que la consecuencia del vaivén de las fuerzas del mercado que deben ser conocidas y previstas por un constructor avezado, así como por cualquier buen hombre de negocios.

f) Que los problemas del terreno relacionados con una red de alto voltaje, la necesidad de edificar redes de acueducto, las adecuaciones de zonas comunes, el equipo para manejo de basuras y una barra estabilizadora han aumentado los costos del proyecto.

A quién se puede convencer de que un constructor experimentado no hubiese previsto la necesidad de realizar inversiones por los conceptos antes mencionados? Aceptar que lo expresado en el literal f del hecho No. 12 de la demanda constituye un conjunto de gastos imprevistos, equivale a aceptar que IBICO actuó con imprudencia en la planeación de los costos del proyecto, o es que pretendía levantar torres de altura con una línea de alta tensión atravesando el lote de terreno?; debemos aceptar que la necesidad de dotar de servicio de agua al proyecto constituye un hecho extraordinario e imprevisible?; la misma reflexión debe hacerse en relación con la adecuación de zonas comunes, en relación con el equipo de manejo de basuras y en relación con otros ítems.

g) Que las ventas no han evolucionado de la manera esperada.

Esto es el producto o de las fuerzas del mercado o de la incapacidad de IBICO para definir un producto de aceptación para los compradores potenciales, pero en manera alguna puede considerarse como un factor de carácter extraordinario que amerite la modificación de los términos económicos y aún la extinción del contrato de cuentas en participación.

h) Que a los clientes del proyecto no les parece muy atractivo el panorama visual hacia la montaña.

Si esto es una circunstancia extraordinaria, imprevista o imprevisible, debemos concluir que no es cierto que IBICO es un experto en materia de construcción de vivienda, y que no es más que un novato que actúa con imprudencia siendo claro que la teoría de la imprevisión no ha sido diseñada para paliar los efectos económicos adversos de quien se arriesga a la celebración de un contrato sin contar con la debida experiencia y capacitación.

i) Que existen muchos proyectos con menores costos por metro cuadrado.

Esto no obedece a una situación imprevisible sino precisamente a la falta de previsión de IBICO.

j) La publicidad negativa sobre la zona cercana al barrio Siloé de Cali.

Esta no es una situación sobreviniente, el barrio Siloé ya estaba ubicado allí cuando IBICO decidió emprender el proyecto. Nos encontramos ante una falta de previsión y no ante una situación imprevisible.

k) Que el no cumplimiento de las metas programadas está generando aumento en los costos.

Esto no obedece a una situación imprevisible sino precisamente a la falta de previsión de IBICO.

La Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia citada por el apoderado judicial de la sociedad convocada reconviniendo en su escrito de contestación a la demanda establece que: “Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.

Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados, que deben alegarse y probarse y es materia de decisiones especiales de los jueces de instancia.” (Las subrayas no son del texto original).

Lo antes expuesto permite concluir que sólo se puede argumentar la teoría de la imprevisión bajo circunstancias extremas y extraordinarias de tal suerte que las simples dificultades propias de un negocio ya obedezcan a circunstancias del mercado, a errores administrativos o a circunstancias de orden geográfico, de manera alguna se pueden considerar como razones para alterar el equilibrio económico del contrato y mucho menos para extinguirlo.

Ninguna de las once razones expuestas en el hecho No. 12 de la demanda de reconvencción constituyen circunstancias sobrevinientes extraordinarias o imprevisibles, ellas no son más que las circunstancias normales a las que se enfrenta cualquier constructor de vivienda en nuestro país. Es decir, se enfrenta a sus propios errores, se enfrenta a la competencia, se enfrenta a riesgos financieros, se enfrenta a proyectos con mejor ubicación, etc., pero, insisto, nada de lo dicho es extraordinario.

B. El contrato de cuentas en participación celebrado entre IBICO y la sociedad convocante reconvenida no es de tracto sucesivo, sino de ejecución instantánea.

El profesor Arturo Alessandri Rodríguez, apoyado en las opiniones de Josserand, Planiol y Ripert, De Page y Demogue, define el contrato de ejecución instantánea como “aquel en que las obligaciones de las partes se ejecutan en un solo momento. Poco importa que éste sea el mismo para ambas obligaciones, si el contrato es bilateral, o distinto, o que ese momento coincida con la celebración del contrato o sea posterior a él. Lo esencial es que las obligaciones de cada parte se ejecuten en su totalidad, en un solo instante de una vez. La venta de un cuerpo cierto al contado o a plazo, pero cuyo precio se paga íntegramente en el plazo convenido, la fianza, la permuta, son contratos de esta especie; las obligaciones que engendran se cumplen en un instante.”

El mismo autor, con el mismo apoyo doctrinal, define el contrato de tracto sucesivo como “aquel en que las obligaciones de las partes o de una de ellas, a lo menos, consisten en prestaciones continuas o repetidas durante un cierto espacio de tiempo. Lo que caracteriza a este contrato es que las obligaciones de las partes, una, a lo menos, supone continuidad en su ejecución. Son por lo general, de esta especie el arrendamiento y el contrato de trabajo; las obligaciones del arrendador y del empleador u obrero son continuas, se desarrollan con el transcurso del tiempo.”

Por otra parte manifiesta el citado autor que los contratos de tracto sucesivo no pueden confundirse con los de ejecución escalonada o a plazo, que son aquellos en los que las pretensiones de las partes, se cumplen por cuotas o parcialidades. Por ejemplo la venta de un bien que se paga por cuotas o la venta de un conjunto de mercaderías cuya entregas se hace por partes en determinados períodos.

Analizado el contrato de cuentas en participación celebrado entre mi cliente e IBICO como convocada reconviniente, observamos que las obligaciones de las partes, en especial las de IBICO no constituyen prestaciones periódicas que se vayan configurando con el paso del tiempo. Sus obligaciones, tanto la de construir el proyecto, como la de pagar a mi representada el beneficio económico convenido, son susceptibles de ejecutarse de sola vez, independiente de que la redacción del contrato implique que el cumplimiento de las mismas deba hacerse por plazos o períodos fijos preestablecidos. Así, la obligación de construir el proyecto se desarrolla por parcialidades, es decir, por etapas, lo que la convierte en una prestación escalonada la que, conforme a lo explicado por el profesor Alessandri, de manera alguna puede confundirse con un contrato de tracto sucesivo. Es igualmente una prestación escalonada el compromiso de IBICO de reconocer a mi cliente los beneficios contractuales pactados, esto es, el valor de su inversión, el valor de su valorización y el 3% de los ingresos por ventas. El que estos pagos se hagan en función de unos plazos determinados o determinables no convierte al contrato en uno de tracto sucesivo.

De igual manera las obligaciones de la sociedad Salazar Caldas & Cia. S.C.A. son de ejecución instantánea pues sus compromisos económicos se pagaron de una sola vez en el momento pactado.

En síntesis, siendo claro que la teoría de la imprevisión sólo es admisible para contratos de tracto sucesivo, la misma no puede aplicarse al contrato que ha originado la presente confrontación jurídica, dado que el mismo, por lo antes dicho, es de ejecución instantánea. Se soporta esta conclusión en el contenido del último inciso del Artículo 868 del Código de Comercio conforme al cual “Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”

C. El contrato de cuentas en participación celebrado entre IBICO y la sociedad convocante reconvenida no es conmutativo, sino aleatorio.

El mismo profesor Alessandri define los contratos conmutativos de la siguiente manera: “el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga hacer o dar una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”. ‘(...) En el contrato aleatorio, en cambio, la extensión y, a veces, la existencia misma de las prestaciones dependen de un acontecimiento incierto; los contratantes no pueden conocer, desde su celebración el beneficio o la pérdida que reportarán del contrato. En esto consiste lo aleatorio. Ello lo sabrán una vez producido el acontecimiento incierto del cual han hecho depender sus obligaciones.’

La redacción de la cláusula segunda del contrato de asociación y cuentas en participación suscrito entre la convocante reconvenida y la convocada reconviente, indica con toda claridad que fue su voluntad celebrar un contrato aleatorio, conforme al cual IBICO al comprometerse a desarrollar por su cuenta y riesgo el proyecto constructivo, y garantizarle a la partícipe aportante unos ingresos determinados, sin que esta última asumiera el riesgo de las pérdidas, asumió para sí los resultados del proyecto fueran cuales fueren. En otras palabras, al momento de celebrar el contrato ambas partes asumieron un riesgo: el de ganar o el de perder.

Y es que ganaría IBICO si al finalizar el proyecto las utilidades del mismo superan el monto de los dineros que recibió Salazar Caldas & Cia. S.C.A. por cuenta de la participación fija pactada, caso en el cual quien perdería sería mi representada, al recibir menos que su asociada, no obstante haber realizada ambas el mismo aporte económico. Por otra parte, si al finalizar el proyecto, el mismo arroja un resultado negativo de tal suerte que IBICO no reciba nada a cambio de su aporte en las cuentas en participación, o recibiendo algo, reciba menos que lo que ya le pagó a la partícipe aportante, sería IBICO en este caso la parte perdedora, y por supuesto Salazar Caldas la parte ganadora.

En otras palabras IBICO como experto constructor y conocedor del negocio asumió los riesgos económicos del proyecto, generándose para las partes la contingencia consciente de ganar o de perder, en función de los resultados finales del contrato de cuentas en participación.

En síntesis, siendo claro que la teoría de la imprevisión sólo es admisible para contratos onerosos conmutativos, la misma no puede aplicarse al contrato que ha originado la presente confrontación jurídica, dado que el mismo, por lo antes dicho, es oneroso aleatorio. Se soporta esta conclusión en el contenido del último inciso del Artículo 868 del Código de Comercio conforme al cual “Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”

Como corolario de esta excepción basta decir que no resulta procedente declarar la configuración de la teoría de la imprevisión en este caso por cuanto no han sobrevenido circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que afecten el equilibrio económico del contrato, y porque el mismo no es ni de tracto sucesivo, ni conmutativo.

3. Excepción genérica.

Solicito señor Árbitro declarar de oficio cualquier otra excepción que se advierta como debidamente probada en el desarrollo de la actuación procesal.

CAPÍTULO DÉCIMO

TRÁMITE Y TÉRMINO DE DURACIÓN DEL TRIBUNAL

Durante el trámite el Tribunal decretó las pruebas que, pedidas por las partes, fueron encontradas pertinentes y conducentes. Los interrogatorios de parte y los testimonios decretados fueron practicados, sin que se encontraran en las declaraciones de parte y en las deposiciones de los testigos circunstancias que afectaran su credibilidad, a pesar de la tachada presentada por la parte convocante al declarante Edgar Javier Navia Estrada. Por ello el Tribunal da pleno valor probatorio a todos los testimonios practicados y los estimará en su conjunto. Igualmente se practicaron dos dictámenes periciales con sus correspondientes aclaraciones; a todas estas pruebas de expertos el Tribunal les ha otorgado valor probatorio pleno. Las contestaciones hechas por terceros a los oficios en que se les demandó información también fueron atendidas por el Tribunal en el valor que tienen. El conjunto del material probatorio ha servido de base o fundamento a la decisión que adoptará el presente Laudo, en su parte final.

Tal como reza la constancia dejada en el Acta No. 9 del 1º de Agosto de 2008, el término de duración del Tribunal vence el 3 de Enero de 2009. No ha habido suspensiones del término acordadas por las partes, ni motivos imperativos que legalmente conduzcan a una prórroga. En consecuencia, el Laudo está siendo expedido en tiempo.

CAPÍTULO UNDÉCIMO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Tiene claros el Tribunal su propia competencia y los extremos de la litis, por lo cual, y previa la comprobación de que no existen causales que lleguen a invalidar su actuación, hace a continuación las consideraciones que fundamentarán su decisión en derecho. Inicialmente se analizarán las instituciones jurídicas que el Tribunal estima como básicas en las pretensiones expresadas por ambas partes.

CAPÍTULO DUODÉCIMO

EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

12.1. DEFINICIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES.

El contrato de cuentas en participación ha formado parte del derecho positivo colombiano durante décadas², y fue disciplinado incluso en el Código de Comercio anterior al actualmente vigente. Algunos tratadistas reportan un uso común de este contrato en ciertos sectores económicos, como el ganadero y el constructor³. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre este contrato es relativamente escasa⁴, y el análisis del contrato de cuentas en participación en Laudos arbitrales tampoco ha sido frecuente. El Tribunal se referirá a la regulación legal del tipo contractual mencionado, y tanto a la doctrina como a la jurisprudencia civil y arbitral sobre el tema.

El contrato de cuentas en participación se encuentra regulado en el Libro Segundo (“De las sociedades comerciales”), Título X (“De las cuentas en participación”), artículos 507 a 514 del Código de Comercio. La primera de estas disposiciones contiene la definición legal del contrato, la cual es del siguiente tenor:

“La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.

² Álvaro Barrero Buitrago afirma que “[e]n Colombia se reglamenta por primera vez a fines del siglo pasado”, es decir, a fines del siglo diecinueve (*Manual para el establecimiento de sociedades: Teórico y práctico, concordado con el nuevo régimen de sociedades [Ley 222 de 1995]* [2 Ed.]. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional [1998], p. 343).

³ Dice Jaime Alberto Arrubla Paucar que “la utilización de la participación se ha generalizado considerablemente” (*Contratos mercantiles [T. 1]* [11 Ed.]. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké [2004], p. 496), y cita como ejemplos la actividad ganadera, la urbanización de terrenos y la especulación en bolsa, entre otros (Ob cit., pp. 495-496). Por su parte, el doctrinante Gabino Pinzón describe la participación como un contrato “tan útil y tan divulgado en la vida comercial” (*Sociedades comerciales [T. 2]: Tipos o formas de sociedad*. Bogotá: Temis [1983]), p. 315). Barrero Buitrago señala que “su utilización se presenta básicamente entre ganaderos, aunque en otras actividades su uso es frecuente, especialmente entre comerciantes al por menor” (Op. cit., p. 343). Finalmente, Bejarano afirma que este contrato “ha venido cobrando importancia en el mundo de los negocios” (Ramiro Bejarano Guzmán, “De las cuentas en participación.” En: AA. VV., *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos: Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003 [T. 1]*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia [2003], p. 129).

⁴ Comenta Bejarano que respecto de la participación “ni siquiera la jurisprudencia parece haber tenido la oportunidad de ocuparse con frecuencia, al menos en los últimos años” (Op. cit., p. 129). Añade que “nuestra literatura jurídica nacional poca o casi ninguna importancia le ha reconocido a esta antiquísima institución” (Op. cit., p. 129).

Encontramos en la normativa citada una conjunción de elementos importantes para la configuración del contrato de cuentas en participación⁵. Por ejemplo, es muy significativa la separación entre dos tipos de contratantes: en primer lugar, un gestor, quien obrará ante terceros “en su solo nombre y bajo su crédito personal”, y, en segundo lugar, los partícipes inactivos, quienes permanecen “ocultos”⁶.

No obstante, la definición no aporta suficiente claridad y puede generar problemas. Una dificultad importante radica en la calificación de los contratantes como “comerciantes”, y de sus actividades como “mercantiles”. La exigencia de la calidad de comerciante no puede ser entendida como un elemento esencial del contrato, ni como una condición de validez⁷; es, según lo afirma Bejarano, un requisito “intrascendente”⁸. Además, la relevancia de especificar que las operaciones sean “mercantiles” es cuestionable: en palabras de Pinzón, “[m]ás que el objeto mismo del contrato lo que lo tipifica es la forma misma de llevar a cabo las operaciones que constituyen ese objeto”⁹.

Pinzón precisa estas dificultades, y busca superarlas a través de un análisis de los elementos que tipifican el contrato de participación. Para este doctrinante, el rasgo esencial del convenio es que “no es ejecutado colectivamente por los distintos partícipes”¹⁰. Pinzón señala además que, al redactar el contrato de cuentas en participación, “lo necesario y lo suficiente en esta materia es que quede claramente a salvo ante terceros que no hay una

⁵ El laudo Construcciones Rincón Canal Ltda. vs. Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. (Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, del 27 de marzo de 1998, Árbitros: Martha Cediell de Peña, Jorge Pinzón Sánchez, Andrés Ordóñez Ordóñez) desglosa nueve características distintas a partir de esta definición: consensualidad, calidad de comerciante, determinación de una o varias operaciones mercantiles, obligación de aportar, gestión exclusiva del partícipe activo, obligación del gestor de rendir cuentas, división de ganancias y pérdidas, sujeción del partícipe activo a los deberes de los administradores de las sociedades y el derecho de inspección de los partícipes inactivos. La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia del 21 de julio de 2003, aplicó esta definición legal al caso entonces *sub examine*: “No puede pensarse en un contrato de cuentas en participación, pues las pruebas relacionadas no revelan la intención de ajustar uno de esa estirpe, por virtud del cual estuviesen obligadas a efectuar determinados aportes, con el fin de desarrollar el proyecto de construcción tantas veces mencionado, proyecto cuya ejecución debiese adelantar una de ellas, en su propio nombre y bajo su exclusiva responsabilidad, con cargo de rendir cuentas a la otra, y con la finalidad común de repartirse las utilidades o pérdidas que pudiesen resultar de la operación, en la proporción convenida, que son los caracteres que le dan fisonomía a la citada modalidad contractual” (M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. No. 6995).

⁶ Este es el adjetivo que utiliza el artículo 511 del Código de Comercio, y es de uso frecuente en la doctrina sobre el contrato de participación.

⁷ Gabino Pinzón, Op. cit., p. 312. No obstante, el laudo Construcciones Rincón Canal Ltda. vs. Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. (Op. cit.) asume la calidad de comerciante como un requisito, e igual parece hacer el laudo Miguel Ángel Prada Sepúlveda vs. Superview S.A. (Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, del 27 de noviembre de 2003, Árbitros: Humberto Mora Osejo, Carmenza Mejía Martínez y Néstor Humberto Martínez Neira).

⁸ Op. cit., p. 133.

⁹ Op. cit., p. 314.

¹⁰ Op. cit., pp. 313-314.

gestión colectiva o un interés colectivo que reste claridad y seguridad a los negocios llevados a cabo por el gestor o partícipe activo”¹¹.

Arrubla, basándose en la revisión que hizo Solá Cañizares de las tipificaciones de la participación en diversas legislaciones, señala que la única característica universal de este contrato es “la ausencia de exteriorización ante terceros”, es decir, que “los partícipes inactivos permanezcan ocultos sin poder frente a los terceros y que sea el gestor el único que se obliga y contrae derechos”¹². Solá Cañizares amplía sobre los rasgos universales de la participación, precisando que también son universales “la ausencia de relaciones jurídicas entre los partícipes y los terceros”; “el régimen de gestión y representación”, pues es “de incumbencia exclusiva del gestor o los gestores [...], sin que [e]l o los partícipes puedan inmiscuirse en la administración”, y la “ausencia de personalidad, de razón social o denominación y de domicilio social”¹³. Al unir estos distintos atributos, Solá Cañizares propone una definición universal del contrato de cuentas en participación:

“la participación es una sociedad o un contrato afín al de sociedad, en el cual, sin someterse a las formalidades previstas para las sociedades, un solo socio aparece, actúa y responde ante el público y el otro u otros participan en los beneficios y en las pérdidas, pero sin intervenir en la gestión, y sin que exista razón social ni personalidad jurídica distinta de los socios”¹⁴.

El tratadista mejicano Omar Olvera De Luna define y caracteriza el contrato de “cuenta en participación” así:

“A) CONCEPTO, ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO ECONÓMICO.

Se trata de un contrato mercantil clásicamente subjetivo, por el que uno o varios sujetos convienen en participar en las negociaciones globales de una empresa comercial, o en una o varias operaciones aisladas de la misma, mediante la entrega de una suma de dinero, pero sin la obligación de intervenir en las gestiones empresariales ni arriesgar otras sumas que las aportadas al celebrar el contrato.

¹¹ Op. cit., pp. 320-321.

¹² Op. cit., p. 502. Ver Felipe de Solá Cañizares (*Tratado de Derecho comercial comparado [T. 3]*. Barcelona: Montaner y Simón [1963]), p. 184.

¹³ Op. cit., pp. 191-192.

¹⁴ Op. cit., p. 192.

Del concepto expuesto, es fácil deducir la semejanza que existe entre el contrato objeto de este capítulo y la sociedad comanditaria; pero he aquí los elementos que los hacen diferentes:

1º En el contrato de cuenta en participación, la entrega económica del partícipe no se manifiesta al exterior, es decir, frente a terceros.

En cambio, en la sociedad en comandita, el comanditario participa con su capital en una forma visible.

2º En la cuenta en participación, el participante sólo tiene obligaciones frente al gestor o industrial mercantil.

En la comandita, el comanditario adquiere obligaciones frente a terceros.

3º En la cuenta en participación, el capital aportado por el participante, es a favor exclusivamente del gestor.

En la comandita, la participación del comanditario forma parte de un capital social, no particular.

4º En la cuenta en participación, no se crea una nueva personalidad jurídica, sino exclusivamente una relación contractual entre gestor y participante.

En la sociedad comanditaria, con el pacto entre los socios y las aportaciones de los mismos, se da vida a una nueva persona jurídica.

5º En la cuenta en participación, el gestor dedica la participación económica de su cuenta-partícipe, en uno o más negocios que siguen siendo privativamente suyos.

En cambio, en la sociedad en comandita, las aportaciones constituyen juntas un fondo o patrimonio social, de cuyas utilidades participan todos los socios.

Ahora bien, los antecedentes de esta figura se encuentran en la más antigua idea de cooperación mercantil; en las más remotas actuaciones de cuantos quieren y han querido siempre aportar dinero para un negocio ajeno, sin los problemas que para el comerciante implica el manejo íntegro de las operaciones propias de su industria.

Y el fundamento económico de la figura que tratamos, también es claro:

Para el gestor es atractivo obtener dinero sin pagar intereses por él; para el participante también resulta conveniente participar en las utilidades de una empresa mercantil, sin la obligación de intervenir en las gestiones propias de los negocios de la misma.¹⁵

Resumiendo lo anterior, los autores citados subrayan la forma de gestionar las operaciones como el rasgo definitorio del contrato de participación: lo importante es que la operación de

¹⁵ (*Contratos mercantiles* [2 Ed.], México: Editorial Porrúa [1987]) p. 141.

los negocios esté concentrada en la cabeza del partícipe activo o gestor, y que los partícipes inactivos no interfieran con esa labor, preferiblemente permaneciendo ocultos.

Regresando a la legislación mercantil colombiana, y teniendo en cuenta los elementos principales de esta figura mercantil, Pinzón propone una conceptualización de la participación que busca corregir las imprecisiones de la definición legal:

“la participación es un contrato por medio del cual dos o más personas hacen aportes destinados a uno o varios negocios adelantados por uno de ellos en su propio nombre y bajo su responsabilidad exclusiva ante terceros, con la obligación de rendir cuentas a los demás copartícipes y de repartir con todos ellos las utilidades obtenidas, en la forma pactada o convenida en el contrato”¹⁶.

12.2. EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN Y EL CONTRATO DE SOCIEDAD.

Uno de los principales problemas relacionados con el contrato de cuentas en participación es su confusión con la sociedad mercantil¹⁷. Dos factores fortalecen esta confusión en la legislación comercial colombiana.

En primer lugar, como ya lo señaló el Tribunal en la sección anterior, el contrato de cuentas en participación se ubica en el Libro Segundo del Código de Comercio; el libro se titula “De las sociedades comerciales”. Si en efecto “[e]l contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes”, como lo señala el Código Civil (artículo 30), entonces el contexto del contrato de cuentas en participación invita a sus intérpretes a entenderlo como una forma societaria. Ya veremos que la doctrina, por lo general, se aparta de semejante conclusión, pero un autor que ilustra esta posibilidad hermenéutica es Barrero, quien dice lo siguiente:

¹⁶ Op. cit., p. 319. Arrubla, por su parte, presenta una formulación más breve y más general que la de Pinzón: “La participación es una manera jurídica para que algunas personas puedan participar en los negocios de otras, aportando dinero u otra clase de bienes” (Op. cit., p. 496).

¹⁷ Garrigues explica la semejanza a partir del origen histórico y el fin económico que compartieron la participación y la sociedad en comandita: “La comunidad de origen histórico y de fundamento económico explican la gran semejanza entre la sociedad comanditaria y el contrato de cuenta en participación: éste equivale a una sociedad comanditaria tácita” (Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil* [T. 2] [6 Ed.]. Madrid: Imprenta Aguirre [1974], p. 56). El mismo autor vuelve sobre este punto, al decir que la participación es “una sociedad cuya existencia no se revela al exterior. Las relaciones internas entre los contratantes son las propias del contrato de sociedad” (Op. cit., p. 60). Ver también Solá Cañizares, Op. cit., pp. 177-178.

“La circunstancia de su formación hace que sea considerado un contrato de sociedad *sui generis*, sin personalidad jurídica, pues no debemos olvidar que tiene su regulación en la ley general de sociedades”¹⁸.

En segundo lugar, la participación puede confundirse con la sociedad mercantil porque las normas supletivas de la participación, como lo dice el Código de Comercio, son “las reglas previstas en este código para la sociedad en comandita simple y, en cuanto éstas resulten insuficientes, las generales del título primero de este mismo libro” (artículo 514). Bejarano entiende esta remisión como una demostración de que el legislador mantuvo en la sociedad comercial un referente para el contrato de participación¹⁹.

No obstante la presencia de estos elementos que tienden a desdibujar la diferencia entre la participación y la sociedad, existe un consenso doctrinal sobre el hecho de que ambas figuras deben preservar su autonomía. Sobre el primero de los factores de confusión que ha señalado el Tribunal, algunos autores califican la ubicación del contrato en el libro “De las sociedades” como una equivocación que el proyecto de Código de Comercio de 1958 no había cometido²⁰, y que debió haberse resuelto posicionando el contrato de cuentas en participación “en el libro *De los contratos y obligaciones mercantiles*”²¹.

Con respecto a los dos factores de confusión que han sido identificados, Pinzón explica que la ubicación del contrato en el libro de sociedades “no puede entenderse, desde luego, en el sentido de que la participación sea una forma de asociación comercial, sino una figura jurídica muy afín, cuyo estudio no puede separarse totalmente de las formas regulares de sociedad comercial”, por la remisión que hace el artículo 514 del Código de Comercio a las normas de la sociedad en comandita simple²².

Arrubla analiza los elementos constitutivos del contrato de cuentas en participación, lo cual le permite distanciar esta institución de la sociedad mercantil. Así, Arrubla señala que en la participación “no se crea una persona jurídica”, no se produce “la aparición de un

¹⁸ Op. cit., p. 343.

¹⁹ “Todo indica que los miembros de la comisión redactora del código no se despojaron del todo de la proximidad de las cuentas en participación con el contrato de sociedad, como de alguna manera lo insinúa el hecho de que se hubiese adoptado, como norma supletiva de la participación, las reglas de la sociedad en comandita simple” (Op. cit., p. 130).

²⁰ Ver Pinzón, Op. cit., p. 311 n. 3.

²¹ Arrubla, Op. cit., p. 499. En igual sentido Bejarano: “Nuestro estatuto comercial se ocupó de este contrato en forma impropia, al incluirlo en la parte final del libro II sobre sociedades, en vez de haberlo tratado en el libro IV, relativo a los contratos y obligaciones mercantiles” (Op. cit., p. 130).

²² Op. cit., p. 309.

patrimonio común entre gestor y partícipes”, la “gestión del negocio se lleva a cabo exclusivamente por el partícipe activo quien recibió y se apropió de los fondos” (y no por los administradores designados según los estatutos societarios) y además los contratantes carecen de *affectio societatis*. La conclusión, en palabras de Arrubla, es que “la participación no es una sociedad”²³.

Bejarano se une a esta conclusión, con un argumento basado en la regulación legal del contrato de cuentas en participación:

“De entrada está descartado que, al menos entre nosotros, la participación sea una sociedad, porque el estatuto mercantil en su[s] artículos 508 y 509 así lo resolvió, al prescribir en el primero que no se sujetará las solemnidades previstas para constituir ‘compañías mercantiles’, y al prever claramente en el segundo que ‘no constituirá una persona jurídica y por tanto carecerá de nombre, patrimonio social y domicilio’”²⁴.

Por último, encontramos un análisis comparable en el laudo arbitral, antes citado, que decidió el caso de Construcciones Rincón Canal Ltda. vs. Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. Los árbitros señalan las semejanzas entre la participación y la sociedad mercantil, pero destacan la singularidad de la participación:

“El tribunal parte de la base de una identidad genérica entre la participación y la sociedad en lo que se refiere a su carácter de contratos plurilaterales y de colaboración, de carácter asociativo y con ánimo de lucro, que esencialmente implican la obligación de aportar en cabeza de todos los contratantes, así como el derecho esencial de todos ellos a participar en la utilidad que pueda derivarse de las operaciones mercantiles en las que tienen un interés común. No obstante dicha identidad de género, el tribunal identifica como elemento distintivo de la participación frente a toda clase de sociedades la ausencia de un fondo social, esto es, la falta de afectación de los aportes al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad que constituye el objeto del negocio asociativo” (énfasis fuera del texto).

²³ Op. cit., pp. 500-501. Garrigues también identifica las primeras dos diferencias que describe Arrubla: “falta en la cuenta en participación la autonomía patrimonial, que es consecuencia de la creación de una personalidad jurídica, distinta de los contratantes” (Garrigues, Op. cit., p. 57).

²⁴ Op. cit., p. 132.

Nuevamente, los argumentos apuntan hacia la misma conclusión: la participación no es una forma especial de sociedad mercantil, sino un contrato autónomo, que goza de su propia regulación y de su propia fisonomía jurídica. Existe un consenso general sobre esta posición²⁵.

La doctrina también ha hecho distinciones con otros contratos que guardan semejanzas con el de cuentas en participación. Estas comparaciones son útiles para subrayar el carácter distintivo del contrato de participación. Bejarano, por ejemplo, señala las diferencias de la participación con los contratos de mandato, mutuo, arrendamiento y depósito²⁶. La Corte Suprema de Justicia, a su vez, ha hecho las siguientes precisiones sobre la diferencia entre el contrato de cuentas en participación y el consorcio:

“Así, aunque el contrato de cuentas en participación es, como el consorcio, un pacto de colaboración económica, que no origina una persona jurídica distinta de los contratantes, no existen en el consorcio, como sí los hay en aquél, participantes ocultos, ni se agota su objeto con la gestión del partícipe gestor, puesto que los consorciados buscan conjugar esfuerzos con una finalidad común a la que todos deben prestar su concurso, responsabilizándose solidariamente por los compromisos que de allí surjan, mientras que en el primero el partícipe activo es el único que se obliga y contrae derechos frente a terceros, puesto que es él y sólo él quien interactúa con ellos, en su propio nombre y bajo su crédito personal”²⁷.

12.3. CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

Después de haber precisado la definición del contrato de cuentas en participación, y de haberlo distinguido de las sociedades mercantiles, el Tribunal pasará ahora a caracterizar el contrato de participación, de acuerdo con su regulación legal en Colombia.

²⁵ Esta afirmación es cierta entre los doctrinantes del derecho mercantil colombiano. En el plano global, el comparatista Solá Cañizares sostiene la posición contraria. Basándose en el hecho de que precisar un concepto universal de la sociedad es muy difícil (Op. cit., pp. 182-183), Solá Cañizares destaca cuatro elementos de la participación que le permiten calificar este contrato como una sociedad (Op. cit., pp. 183-184). Concluye así: “La *participación* puede, pues, considerarse como una sociedad interna entre los contratantes” (Op. cit., p. 184). Sin embargo, el mismo autor agrega que la discusión sobre el carácter societario de la participación no tiene “gran importancia práctica”, que “no hay, en realidad, una distinción especial” entre sociedad y participación y que “la distinción es más terminológica que de fondo” (Op. cit., pp. 184, 185).

²⁶ Op. cit., pp. 132-133.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 13 de septiembre de 2006 (M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar), Exp. No. 88001-31-03-002-2002-00271-01.

Sus elementos característicos son:

11.3.1. Consensualidad. El de participación es un contrato consensual, dado que “se perfecciona por el solo consentimiento” (Código Civil, artículo 1500). Su consensualidad es evidente en el artículo 508 del Código de Comercio, cuyo primer inciso dispone: “La participación no estará sujeta en cuanto a su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las compañías mercantiles”. El segundo inciso del mismo artículo destaca que el “objeto, la forma, el interés y las demás condiciones se regirán por el acuerdo de los partícipes”. La doctrina resalta de manera unánime este carácter de la participación²⁸.

En vista de que el contrato es consensual, las partes son libres de acordarlo por cualquier medio, tanto oral como escrito. Algunos autores desaconsejan la celebración mediante escritura pública, dado que atentaría contra el carácter oculto de los partícipes inactivos²⁹. Sin embargo, la condición de ocultos de estos partícipes no es esencial, principalmente porque ellos pueden renunciar a esa condición al revelarse como partícipes dentro del negocio, con los efectos que el Tribunal señalará más adelante. En consecuencia, a partir del secreto que envuelve a algunos partícipes “no puede entenderse [...] que el contrato de participación no se pueda hacer constar en un documento privado o público susceptible de ser conocido por terceros”³⁰. En efecto, es aconsejable celebrar el contrato por escrito³¹, para efectos probatorios, para delimitar el alcance de las operaciones comerciales que deba ejecutar el gestor, para precisar la distribución de pérdidas y ganancias, para determinar el título mediante el cual el gestor recibe los bienes aportados y para identificar las causales de terminación.

12.3.2. Tipicidad³². El contrato es típico, dado que está disciplinado por la ley. El Código de Comercio se ocupa de la regulación de este contrato, como ya lo ha indicado el Tribunal, en los artículos 507 a 514.

²⁸ Arrubla, Op. cit., p. 503: “Se presenta una libertad de forma absoluta”. Pinzón, Op. cit., p. 319: “Se trata, pues, de un contrato simplemente consensual, para cuya celebración sólo basta que se reúnan las condiciones de fondo de todo contrato, en general”. Laudo de Construcciones Rincón Canal Ltda. vs. Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. (Op. cit.), 3.2.2.a: “el contrato de participación es consensual”. Finalmente, Bejarano, Op. cit., p. 131: “Es *consensual*, porque se trata de un contrato que surge a la vida jurídica por el simple consentimiento de los partícipes”.

²⁹ Por ejemplo, Barrero, Op. cit., p. 344.

³⁰ Pinzón, Op. cit., p. 320. Bejarano señala, incluso, que las entidades de derecho público pueden celebrar este contrato, aunque al hacerlo deban llevarlo a un escrito, para cumplir con las exigencias de la contratación estatal (Op. cit., p. 134).

³¹ Ver Pinzón, Op. cit., pp. 318 n. 9 y 320-322, y Bejarano, Op. cit., pp. 133-134.

³² Ver Bejarano, Op. cit., p. 131.

12.3.3. Bilateralidad³³. En la participación se requiere el consentimiento de “dos o más personas”, como dispone el artículo 507 del Código de Comercio. De este modo, “las partes contratantes se obligan recíprocamente” (Código Civil, artículo 1496), haciendo de este un contrato bilateral. El Tribunal señalará más adelante las obligaciones de ambos tipos de contratantes, es decir, tanto del gestor como de los partícipes inactivos.

12.3.4. Onerosidad. Mediante este contrato, las partes buscan beneficios mutuos, pues el gestor, como lo dice la definición legal del Código de Comercio, asume la tarea de “rendir cuentas y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”. Por lo tanto, la participación es un contrato oneroso, definido por el Código Civil como aquel que “tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro” (artículo 1497).

Como es sabido, los contratos onerosos pueden ser de dos especies: conmutativos y aleatorios. Si las obligaciones asumidas por una parte se entienden equivalentes a las de otra parte, el contrato es considerado conmutativo por el Código Civil (artículo 1498). Pero si “el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio” (Código Civil, artículo 1498).

Ya se mostró que la ley prevé para la participación una división de las ganancias o pérdidas en la proporción convenida; a falta de estipulación contractual, la proporción se determinará mediante las normas de la sociedad en comandita simple. Combinar la participación en las pérdidas y las ganancias del negocio con la posibilidad de convenir esa distribución se puede prestar para lecturas diferentes del tipo de onerosidad que caracteriza el contrato de cuentas en participación.

Por un lado, el Tribunal arbitral que falló el caso de Miguel Ángel Prada Sepúlveda vs. Superview S.A., antes citado, especificó en el laudo que la participación era un contrato “aleatorio”. Por otro lado, Bejarano lo califica como un contrato conmutativo:

“Es *conmutativo*, porque implica obligaciones a cargo de las partes, conocidas por ellas al momento de quedar atadas por este contrato: para el gestor, la obligación de ejecutar una actividad comercial, con cargo de rendir cuenta y dividir las ganancias

³³ Ver Bejarano, Op. cit., p. 131.

o pérdidas; para el partícipe oculto, la de *tomar interés en una o varias operaciones mercantiles*".

El Tribunal acoge la posición doctrinal que caracteriza el contrato de cuentas en participación como un contrato conmutativo. Además de los argumentos ya citados, tres razones aconsejan, a criterio del Tribunal, esta posición. Primero, la voluntad de las partes al contratar es fundamental para caracterizar el tipo de contrato oneroso que han celebrado, conforme lo señala Alessandri: "como el carácter aleatorio o conmutativo no es de la esencia de los contratos, las partes pueden hacer aleatorio uno naturalmente conmutativo. [...] Los jueces de fondo establecen soberanamente si la intención de las partes fue o no dar al contrato carácter aleatorio"³⁴. El Tribunal estima que las partes del contrato *in examine* no lo convirtieron en un convenio aleatorio.

La segunda razón para asumir el carácter conmutativo del contrato de participación es que, en los contratos mercantiles, la regla general es el ánimo de lucro, por lo cual, como lo dice Alessandri, "[l]a casi totalidad de los contratos onerosos son conmutativos. Los contratos aleatorios constituyen la excepción. Por eso, en la duda sobre si un contrato es conmutativo o aleatorio, deberá tenersele por conmutativo"³⁵. No sólo existen argumentos doctrinales fuertes para considerar la participación como un contrato conmutativo, sino que la regla general del comercio oneroso es la conmutatividad, y esto debe recordarse al sopesar las dudas sobre este carácter de la participación.

Finalmente, Messineo ofrece una forma acertada de apreciar este aspecto de la naturaleza jurídica del contrato de participación. Messineo distingue entre contratos aleatorios y conmutativos, y resalta, como ya vimos, que algunos pactos pueden hacerse aleatorios por la voluntad de las partes o por la naturaleza del contrato. Luego de definir los contratos conmutativos, Messineo propone una figura híbrida, y la describe así:

"Existe una *figura intermedia*, es decir, el contrato conmutativo en que haya un *elemento* aleatorio [...]. Dicho elemento se concibe como *álea normal*. Este contrato recibe un tratamiento sólo análogo y no idéntico al propio del contrato aleatorio, en el sentido de que su carácter fundamentalmente conmutativo, dominando sobre el

³⁴ Arturo Alessandri Rodríguez, *De los contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (fecha no especificada), p. 29.

³⁵ Op. cit., p. 28.

elemento del álea, permite aplicar siempre la disciplina del contrato conmutativo”
(subrayado fuera del texto)³⁶.

A la luz de estos comentarios de Messineo, el elemento de álea de la participación, que ha inclinado en algunos casos la balanza hacia una tipificación aleatoria, debe ser considerado como un elemento del *álea* normal del mundo de los negocios, salvo que sea claramente demostrable que la intención de las partes era otra. Esta posición constituye una razón adicional a favor de estimar el contrato de participación como un contrato conmutativo.

A pesar de las diferencias doctrinales sobre la participación, es claro en todo caso que el contrato es oneroso, y que los contratantes deben participar en las pérdidas y ganancias resultantes.

12.3.5. Negocio jurídico de colaboración. Arrubla especifica que la participación es un negocio de colaboración: “Los partícipes buscan una finalidad común y se presentan claras excepciones a los principios que gobiernan los negocios jurídicos de contraprestación”³⁷. Ya habíamos visto que el laudo proferido en el caso de Construcciones Rincón Canal Ltda. vs. Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. especificó que el contrato de cuentas en participación es un tipo dentro del género de los contratos de colaboración. Para aquellos árbitros, esta caracterización implica que todos los contratantes tienen la obligación de aportar al objeto del contrato, además de participar en los beneficios de la operación.

12.3.6. Duración. Arrubla identifica la participación como un “contrato de duración”, y comenta que “las partes permanecen vinculadas en el contrato durante el tiempo necesario para realizar las operaciones y durante la liquidación del mismo”³⁸.

Es necesario hacer dos precisiones al respecto. Primero, de las palabras de Arrubla pareciera colegirse que la participación debe tener la duración necesaria para realizar las operaciones mercantiles convenidas. Sin embargo, la duración del contrato no está obligada a coincidir con el tiempo de ejecución de las operaciones mercantiles. De hecho, el mismo autor reconoce más adelante que es posible fijar un plazo en el contrato, y que, al vencerse aquel, se daría por terminado el convenio, aun sin haber terminado las operaciones objeto

³⁶ Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato* (T. I.). Trad. R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (1986), p. 425.

³⁷ Op. cit., p. 503.

³⁸ Op. cit., p. 503.

del pacto³⁹. En consecuencia, es pertinente complementar el comentario de Arrubla, diciendo que la participación es un contrato de duración que obliga a las partes por el tiempo necesario para realizar las operaciones del contrato, o durante el tiempo estipulado por los contratantes.

La segunda precisión relevante es que no debe entenderse el comentario de Arrubla en el sentido de que la participación sea necesariamente una relación contractual “ocasional”, como lo explica Pinzón:

“al prever [el artículo 507 del Código de Comercio] que se trata de un contrato para llevar a cabo operaciones mercantiles determinadas, se prevé expresamente que estas pueden ser ‘una o varias’; con lo cual se desvirtúa la idea de una ‘sociedad ocasional’, puesto que lo único que realmente se exige es que sean determinadas las operaciones objeto del contrato, dejando así latente la idea del Código anterior, según el cual podían ser objeto de participación ‘una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas, o sucesivas’”⁴⁰.

12.3.7. En vista de lo anterior, se puede sintetizar la naturaleza jurídica de la participación diciendo que es un contrato consensual, típico, bilateral, oneroso, de colaboración y de duración.

12.4. OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

En el contrato de cuentas en participación se distinguen dos tipos de contratantes, con derechos y obligaciones diferenciados. A la luz de esta separación, la doctrina⁴¹ normalmente estudia las obligaciones derivadas de este contrato en dos categorías, y así procederá el Tribunal en esta sección.

12.4.1. OBLIGACIONES DEL GESTOR O PARTÍCIPE ACTIVO.

El gestor es el contratante encargado de administrar las operaciones acordadas en el convenio, y de presentarse ante terceros como el “único dueño” del negocio, en términos del artículo 510 del Código de Comercio. De hecho, la posición del gestor es uno de los

³⁹ Op. cit., pp. 510-511.

⁴⁰ Op. cit., p. 315. Pinzón vuelve sobre este punto: “El contrato de participación puede tener por objeto un negocio meramente ocasional o un negocio o actividad de ejecución sucesiva” (Op. cit., p. 322).

⁴¹ Ver Bejarano, Op. cit., pp. 134-139; Arrubla, Op. cit., pp. 504-508, y Garrigues, Op. cit., p. 61.

rasgos especiales del contrato de cuentas en participación, como se comenta en el laudo que resolvió el caso de Construcciones Rincón Canal Ltda. vs. Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C., antes citado:

“Como consecuencia de la asunción exclusiva de la gestión por parte del partícipe activo y de la ausencia de afectación de los aportes al negocio en que han tomado interés los contratantes, dicho partícipe se encuentra en una posición administrativa sin parangón en la sociedad en comandita y en los demás tipos sociales, incluyendo la colectiva. No solo es el único que administra, sino que además se reputa ante terceros como ‘dueño’ del negocio, sin que exista en frente de estos ningún límite dispositivo como el que surge en materia de sociedades como consecuencia de la circunscripción de la capacidad de la compañía al desarrollo de su objeto, y de la posibilidad de limitar las facultades de los administradores a través de estipulaciones estatutarias oponibles a terceros gracias al registro mercantil. Más aún, los bienes destinados a la participación y que haya podido recibir de terceros o del partícipe inactivo a título traslativo de dominio y con causa en la participación, aparecen frente a terceros como de su exclusiva propiedad y sin ninguna limitación oponible”.

Cabe aclarar que la posición del gestor puede estar ocupada por varios contratantes. Así lo expresa Arrubla: “También es factible que la pluralidad de sujetos se presente en la posición contractual del gestor; pueden contratar varios gestores para realizar cada uno de ellos una operación distinta o para realizar una misma operación en concurso”⁴².

A partir de la regulación legal, y retomando la forma en la que han sido recogidas en la doctrina, las obligaciones del gestor son las siguientes:

12.4.1.1. Ejecutar la operación o las operaciones mercantiles objeto del contrato.

12.4.1.2. Adelantar la operación “en su solo nombre y bajo su crédito personal”, como lo indica el artículo 507 del Código de Comercio.

12.4.1.3. Emplear una diligencia y un cuidado ordinarios, propios de un comerciante. Las obligaciones del gestor son obligaciones de medio, no de resultado.

⁴² Op. cit., p. 509.

12.4.1.4. Obrar de buena fe, y por lo tanto no disponer de la empresa, ni distraer los aportes, sin autorización. El manejo de los bienes debe ser consecuente con las operaciones que le han sido encargadas, así que dentro de su amplio margen de acción debe someterse a la buena fe comercial.

12.4.1.5. Guardar en reserva la identidad de los partícipes inactivos, so pena de indemnizarlos por los perjuicios causados como consecuencia de revelar su participación en el contrato.

12.4.1.6. Rendir cuentas de su gestión, lo que implica un correlativo derecho de información en cabeza de los partícipes inactivos⁴³.

12.4.1.7. Dividir las ganancias o pérdidas, de acuerdo con la manera convenida en el contrato, o según la aplicación de las normas supletivas. Bejarano resume así la forma de determinar esta distribución: “En lo relacionado con el porcentaje en el que han de dividirse tales pérdidas o ganancias, [...] las partes han de sujetarse a lo previsto en el contrato, y si guardaron silencio, a prorrata de sus aportaciones, en los términos del artículo 332 del C. de Co.”⁴⁴.

Es esencial que los contratantes participen tanto de las pérdidas como de las ganancias. Lisandro Peña Nossa incluye dentro de las “características esenciales” de la participación el hecho de que “[e]xiste distribución de utilidades y pérdidas del resultado de la actividad”⁴⁵. Carlos Alberto Velásquez Restrepo establece como característica del contrato de cuentas en participación la circunstancia de que “[s]e trata de un contrato de participación en los beneficios y en las pérdidas, por esta última razón la Corte Suprema de Justicia niega la posibilidad de que los trabajadores aporten sus servicios personales”⁴⁶. Dice Arrubla que “[s]ería leonina la participación donde se conviene compartir únicamente utilidades”⁴⁷. En un sentido semejante, Messineo destaca en general “el contrato en el cual el riesgo está a cargo exclusivo de una parte en tanto que la otra tendría la certeza de obtener sólo ventajas (*contrato leonino*)”⁴⁸.

⁴³ Garrigues, Op. cit., p. 61.

⁴⁴ Op. cit., p. 139.

⁴⁵ Lisandro Peña Nossa, *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, Ecoe Ediciones [2 Ed.], (2006), p. 342.

⁴⁶ Carlos Alberto Velásquez Restrepo, *Orden societario*. Medellín: Señal Editora [2 Ed.] (2004), p. 393.

⁴⁷ Op. cit., p. 503.

⁴⁸ Op. cit., T. I., p. 424.

12.4.1.8. Permitir la revisión de la información del negocio, por parte de los partícipes inactivos.

12.4.2. OBLIGACIONES DEL PARTÍCIPE INACTIVO.

También los partícipes inactivos tienen obligaciones derivadas del contrato de cuentas en participación. Ellas son dos, principalmente.

12.4.2.1. Hacer el aporte correspondiente, que no tiene que ser necesariamente en dinero: “los partícipes deben hacer un aporte para el negocio o negocios objeto de la participación [...], al partícipe activo o gestor”⁴⁹. La definición legal expresa esta obligación diciendo que los partícipes “toman interés” en las operaciones mercantiles.

12.4.2.2. No interferir con la gestión del partícipe activo, lo que no implica la pérdida del derecho de información que tienen los partícipes inactivos frente al gestor.

12.4.3. RELACIONES DE LOS CONTRATANTES CON LOS TERCEROS.

Como ya ha dicho el Tribunal, es el gestor quien se presenta ante los terceros como dueño del negocio. Por ende, es él quien puede actuar ante terceros, y es a él a quien estos pueden demandar por conflictos derivados de la ejecución de las obras pactadas.

Los partícipes inactivos están exentos de las relaciones con terceros, tanto en activa como en pasiva, y su responsabilidad por el negocio asociado con la participación se limita al monto de su aporte. Esta condición cambia si el partícipe inactivo, directamente o con su consentimiento, se muestra como parte en el contrato de participación. En esas circunstancias los partícipes inactivos “responderán ante terceros en forma solidaria con el gestor” (Código de Comercio, artículo 511). Bejarano resume así el régimen de responsabilidad ante terceros de los partícipes inactivos: “la responsabilidad del partícipe activo varía dependiendo de si se revela o conoce su calidad, pues mientras permanezca oculta se limita a su aporte, y cuando se revele, responde solidariamente con los otros partícipes y el gestor”⁵⁰.

⁴⁹ Pinzón, Op. cit., p. 317.

⁵⁰ Op. cit., p. 140.

Una pregunta relacionada con la revelación de la identidad del partícipe inactivo es si también puede ese partícipe demandar a los terceros, ya que ellos pueden demandarlo solidariamente con el gestor. Bejarano considera que sí, porque de lo contrario “no sería proporcionado”; así se da lugar a la solidaridad activa⁵¹.

12.5. TERMINACIÓN DEL CONTRATO.

El contrato de cuentas en participación puede terminar por diferentes razones. Arrubla identifica siete causales⁵²:

- (a) la realización de la operación,
- (b) el vencimiento del plazo pactado,
- (c) el acuerdo de terminación de los contratantes,
- (d) el desahucio del contrato por cualquiera de las partes,
- (e) la imposibilidad de realizar la gestión,
- (f) la quiebra del gestor y
- (g) la muerte del gestor.

A esta lista, Bejarano añade otra causal: “la del incumplimiento de una o ambas partes reconocido en sentencia judicial, que además declare la terminación del contrato”⁵³.

A la terminación del contrato, debe seguir una rendición de cuentas y una liquidación definitiva, que Pinzón describe como un proceso de disolución y liquidación análogo al que experimentan las sociedades mercantiles⁵⁴.

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO

LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

13.1. ORÍGENES Y RESISTENCIA A LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

⁵¹ Op. cit., p. 140.

⁵² Op. cit., pp. 510-512. Estas causales coinciden con las expresadas por Garrigues (Op. cit., pp. 62-63), con pequeñas variaciones, como el hecho de que Garrigues habla de “denuncia” del contrato mientras Arrubla se refiere al “desahucio”. Ver también Solá Cañizares (Op. cit., pp. 212-215), explorando las causales de disolución o terminación en distintas legislaciones, y principalmente en Francia y Alemania.

⁵³ Op. cit., p. 141.

⁵⁴ Op. cit., pp. 325-327. Ver también Bejarano, Op. cit., pp. 140-141; Arrubla, Op. cit., pp. 512-513, y Garrigues, Op. cit., pp. 63-64.

La teoría de la imprevisión tiene raíces distantes e inmediatas, y su surgimiento en el derecho contemporáneo ha enfrentado gran resistencia. El Tribunal describirá brevemente los orígenes de esta doctrina, antes de pasar a estudiar su desarrollo en Colombia, su conceptualización y finalmente sus características a la luz de la legislación colombiana.

13.1.1. ORÍGENES REMOTOS.

Muchos doctrinantes encuentran en Roma los primeros destellos de esta teoría, al menos en Occidente⁵⁵. Algunos destacan afirmaciones de Séneca y Cicerón en el sentido de que los contratos se hacían sobre la base de la continuidad en las condiciones existentes al momento de cerrar el convenio. Otros tratadistas resaltan apartes dentro de las compilaciones de Justiniano (como el texto del *Digesto* 46.3.38⁵⁶), que se refieren a condiciones tácitas de revisión o a la facultad de modificar los contratos cuando las circunstancias cambien⁵⁷.

El estudio doctrinal de los orígenes de esta figura no puede dejar de subrayar la labor de los canonistas medievales, quienes, basándose en la buena fe, formalizaron la imprevisión mediante la conocida cláusula “*rebus sic stantibus*” (mientras las cosas estén así). En todo contrato debía entenderse incluida esta cláusula, afirmando así que las condiciones existentes al momento de contratar eran las que habían justificado la decisión de las partes de celebrar el contrato. En consecuencia, una variación intempestiva y grave de aquellas condiciones, como la que propone la teoría de la imprevisión, legitimaría un cambio en las prestaciones pactadas.

⁵⁵ Sobre los orígenes mediatos descritos en esta sección, ver, entre otros, a Alberto Tamayo Lombana (*Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Bogotá: Editorial Temis [1994], pp. 258-260), a Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve (*Derecho civil [T. 3]. De las obligaciones* [9 Ed.]. Bogotá: Editorial Temis [2004], pp. 385-386), a Alessandri et al (Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H., *Tratado de las obligaciones. Volumen de las modificaciones y extinción de las obligaciones* [2 Ed.]. Santiago: Editorial Jurídica de Chile [2001], pp. 162-163), a Lisandro Peña Nossa (*De los contratos mercantiles. Nacionales e internacionales -Negocios del empresario-* [2 Ed.]. Bogotá: ECOE Ediciones [2006], pp. 113-114) y a Álvaro Pérez Vives (*Teoría general de las obligaciones [T. 1]* [2 Ed.]. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia [1957], pp. 263-265).

⁵⁶ Este texto habla sobre una cláusula contractual implícita “*si in eadem causa maneat*”, es decir, si se mantiene en la misma condición.

⁵⁷ Sin embargo, estas afirmaciones ni recomiendan ni demeritan la teoría de la imprevisión en el mundo moderno, dadas las diferentes circunstancias socioeconómicas y culturales. Como lo mostrará el Tribunal más adelante, Ospina Fernández y Ospina Acosta usan la postura romana frente a esta figura como un fundamento para criticar la teoría de la imprevisión. Pérez Vives es suficientemente explícito sobre este tipo de argumentos: la posición que se basa en Roma para desterrar la teoría de la imprevisión, dice el autor, “pretende sujetar las relaciones jurídicas de los hombres de este siglo de la bomba atómica, a los principios imperantes entre los romanos, ignorando el abismo y los siglos que separan una época de otra” (Op. cit., p. 265).

13.1.2. ORÍGENES PRÓXIMOS.

El derecho moderno, influenciado en buena medida por el liberalismo económico⁵⁸, ha sido testigo de una defensa vigorosa de la autonomía de la voluntad y del respeto por los pactos⁵⁹. Esta posición doctrinaria usualmente se expresa mediante la frase “*pacta sunt servanda*”⁶⁰ (lo pactado obliga), y su énfasis en la intangibilidad de los contratos ha sido el fundamento para una importante resistencia a la plena aceptación de la imprevisión. Al respecto, dicen Valencia Zea y Ortiz Monsalve que “desde fines del siglo XVIII la teoría sufrió un franco retroceso, en aras del triunfo del principio de la autonomía de la voluntad contractual”⁶¹. Muchos doctrinantes, afirma Tamayo Lombana, ven en la imprevisión “una especie de atentado contra la afirmación del principio de la fuerza obligatoria del contrato”⁶².

Francia es un ejemplo notorio de la resistencia a la vigencia de la teoría de la imprevisión, al cual usualmente se refieren los tratadistas⁶³. El caso del canal de Craponne⁶⁴, por ejemplo, involucraba una compañía que había pactado un canon de riego en el siglo XVI;

⁵⁸ Ver, por ejemplo, Reinhard Zimmermann (*The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Clarendon Press [1996], pp. 258-259) y Jacques Ellul (*Histoire des institutions: Le XIX^e siècle*. París: PUF [1962], pp. 33-37).

⁵⁹ Ver la descripción de P. S. Atiyah (*An Introduction to the Law of Contract* [5 Ed.]. Oxford: Clarendon Press [1995], pp. 7-15).

⁶⁰ Ver, por ejemplo, Alessandri et al (Op. cit.), pp. 159-160.

⁶¹ Op. cit., p. 386.

⁶² Op. cit., p. 253. No obstante la confrontación usual en la doctrina, en el Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, del 21 de octubre de 2004, Empresa de Energía Eléctrica de Boyacá S.A. ESP vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. ESP, Árbitros: Jorge Suescún Melo, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, María Cristina Morales De Barrios, los árbitros intentan una difícil reconciliación de la imprevisión y la autonomía de la voluntad. Lo hacen en estos términos: “En cuanto a la teoría de la imprevisión y su relación con el principio de la autonomía de la voluntad privada, es preciso aclarar que aquella constituye un límite y no una excepción a este principio, dado que la mencionada teoría pretende conservar la situación jurídica y económica prevista por las partes, así como mantener un equilibrio y una igualdad entre las mismas en las diferentes relaciones jurídicas. Esto significa que una adecuada aplicación de la teoría, contribuye a que se preserve la igualdad entre las partes, impidiendo una aplicación sesgada y mecánica de los contratos. En consecuencia, la teoría de la imprevisión no vulnera el principio de la autonomía de la voluntad, ya que a través de este último las partes crean los diferentes negocios jurídicos que requieren, acordando libremente sus términos y condiciones, mientras que la imprevisión busca regular aspectos de facto, posteriores a la celebración del contrato, que afectan lo estipulado. De manera que lo que se pretende con la teoría de la imprevisión es regular situaciones no previstas por las partes al momento de perfeccionar su relación, con el propósito de controlar circunstancias sobrevinientes inesperadas, acaecidas luego de la celebración del contrato y que afectan la voluntad de los contratantes”.

⁶³ Ver, por ejemplo, Georges Ripert y Jean Boulanger (*Tratado de Derecho civil según el tratado de Planiol [Tomo IV, Volumen I]. Las obligaciones*. Trad. Delia García Daireaux. Buenos Aires: La Ley [1988], pp. 294-300), Christian Larroumet (*Teoría general del contrato [T. 1]*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis [1999], pp. 330-331), Tamayo Lombana (Op. cit., pp. 258-260), Pérez Vives (Op. cit., pp. 260-263) y Valencia Zea y Ortiz Monsalve (Op. cit., pp. 386, 389). Dice Larroumet que, en Francia, “es el principio de la autonomía de la voluntad el que justifica el rechazo a la teoría de la imprevisión” (Op. cit., p. 330).

⁶⁴ Ver, entre otros, Ripert y Boulanger (Op. cit., p. 294), Tamayo Lombana (Op. cit., p. 259) y Larroumet (Op. cit., p. 330).

ella alegaba, a finales del siglo XIX, que las circunstancias habían cambiado lo suficiente como para ameritar una revisión del precio contractual. La Corte de Casación francesa, en sentencia de marzo de 1876, decidió que el contrato no podía ser modificado. Esta se consolidó como la posición de la jurisprudencia civil en Francia, y algunos importantes civilistas franceses celebran esta defensa de la autonomía de la voluntad. Ripert y Boulanger dicen:

“La solución dada por nuestros tribunales debe ser aprobada. [...] Los tribunales han discernido la razón de atenerse a los enunciados del contrato. [...] Parece pues imposible vulnerar la fuerza obligatoria del contrato bajo el pretexto de que las obligaciones estipuladas se encuentran, por efecto de circunstancias excepcionales, singularmente agravadas o disminuidas con posterioridad a la conclusión del contrato”.⁶⁵

No obstante, la fuerza de los cambios asociados con las guerras mundiales transformó el derecho francés, a pesar de que la jurisprudencia civil se negó a aceptar la teoría de la imprevisión. A partir de la Primera Guerra Mundial se acentuó la discusión sobre el impacto jurídico de las circunstancias imprevisibles, y con el tiempo la ley les dio a los jueces una autorización para revisar los contratos, especialmente los de arrendamiento, teniendo en cuenta la situación económica⁶⁶. La situación en el derecho público fue distinta⁶⁷, en vista de que la jurisprudencia administrativa francesa ya venía reconociendo la posibilidad de revisar un contrato a la luz de circunstancias extraordinarias, en aras de preservar el equilibrio económico contractual. La justificación dada por esa jurisprudencia fue la defensa de un servicio público, lo que permitió que los civilistas vieran en las decisiones administrativas un caso excepcional, y no un modelo para el derecho privado.

Otros países europeos también tuvieron una historia de oposición inicial, seguida de la aceptación de la figura. Es el caso de Alemania y de Italia. No obstante, con el paso del tiempo la figura fue generalmente aceptada. Es así como, usando los ejemplos de los códigos de Italia, Alemania y Francia, Valencia Zea y Ortiz Monsalve concluyen que “en el

⁶⁵ Op. cit., pp. 296, 297.

⁶⁶ Ver, por ejemplo, Pérez Vives (Op. cit., pp. 261-262). Ripert y Boulanger, críticos de la legislación que permitió la revisión contractual por el juez, comentan: “Así [el juez] no es solamente un ministro de equidad, lo que ya es peligroso; es convertido además en un experto económico” (Op. cit., p. 299). Y añaden: “No se puede negar que las intervenciones repetidas del legislador han quebrantado en cierta medida el principio de la intangibilidad del contrato” (Op. cit., p. 301). Larroumet mantiene una posición más cauta, pero muestra igualmente cierta aprobación de la doctrina de la Corte de Casación francesa (Op. cit., p. 333).

⁶⁷ Ver Ripert y Boulanger (Op. cit., p. 298), Larroumet (Op. cit., pp. 330-331) y Pérez Vives (Op. cit., pp. 262-263).

derecho civil moderno existe una tendencia general favorable a la admisión de la teoría” de la imprevisión⁶⁸. El panorama es ahora una aceptación mayoritaria de esta institución, con algunas naciones que continúan oponiéndose⁶⁹.

13.1.3. ADOPCIÓN DE LA FIGURA EN COLOMBIA.

El caso colombiano no es excepcional: el derecho nacional tipificó la teoría de la imprevisión luego de algún desarrollo jurisprudencial que la acogió⁷⁰. Aún antes de que esta institución fuera disciplinada en Colombia, Pérez Vives comentó: “consideramos que la teoría de la imprevisión sí tiene, especialmente entre nosotros, un fundamento legislativo y jurisprudencial”⁷¹.

Los tratadistas nacionales suelen destacar algunas normas en las cuales operaba la teoría de la imprevisión, incluso antes de que fuera consagrada de manera independiente en el Código de Comercio. Dos normas importantes en este sentido son el artículo 1616 del Código Civil, y especialmente el artículo 2060 del mismo código. La primera norma limita los perjuicios imputables al deudor a aquellos “que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”. La segunda, en el numeral 2°, contempla la posibilidad de que el juez revise un contrato de construcción de edificios si, durante la obra, “circunstancias desconocidas [...] ocasionaren costos que no pudieron preverse”. Sobre estos, y otros textos legales en sentido semejante, comenta Tamayo Lombana que “su fundamento es el de la imprevisión: el cambio de las circunstancias con posterioridad al contrato, cuando las nuevas circunstancias tengan las características de imprevistas e imprevisibles”⁷².

La jurisprudencia civil colombiana, a diferencia de la francesa, fue proclive a acoger esta teoría. En sentencia del 29 de octubre de 1936⁷³, la Sala de Casación Civil de la Corte

⁶⁸ Op. cit., p. 388. En 1957 Pérez Vives habló de “la casi unanimidad con que es aceptada” en la doctrina la teoría de la imprevisión (Op. cit., p. 275).

⁶⁹ Denis Tallon (“Hardship”. *Towards a European Civil Code* [3 Ed.]. Holanda: Kluwer Law International [2004], pp. 502-504) llega a esta conclusión, al hacer un balance de la situación actual de la figura en la Unión Europea y en el derecho internacional. Además de Francia, forman parte de la minoría Bélgica y Luxemburgo.

⁷⁰ Sobre la discusión de esta sección, ver Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios (“Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato”. *Los Contratos en el Derecho Privado*. Ed. Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios. Bogotá: Legis [2007], pp. 320-323), Valencia Zea y Ortiz Monsalve (Op. cit., pp. 387-388), Tamayo Lombana (Op. cit., pp. 257, 260-262) y Pérez Vives (Op. cit., pp. 277-279).

⁷¹ Op. cit., p. 276.

⁷² Op. cit., p. 261. Tamayo se refiere además al artículo 50 del Código Sustantivo del Trabajo y al artículo 3°, literal c, de la Ley 100 de 1944.

⁷³ M.P. Liborio Escallón. Publicada en la Gaceta Judicial XLIV, pp. 455 a 458.

Suprema de Justicia presentó la teoría de la imprevisión como un desarrollo a partir de la figura medieval de la cláusula *rebus sic stantibus*. Dijo que esta teoría “se encamina a darle al juez el poder de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias, que se hace imposible para una de las partes, cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses”.

Un poco después, en sentencia del 23 de marzo de 1938⁷⁴, el mismo tribunal se refirió de nuevo a la imprevisión, invocando su aplicación cuando surgen “hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no han podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento, sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad”. La Corte volvió sobre el mismo planteamiento en sentencia del 23 de mayo de 1958.

“En general”, como lo expresan Valencia Zea y Ortiz Monsalve, “la jurisprudencia nacional admite la posibilidad de que un contrato pueda revisarse cuando las circunstancias que lo motivaron han cambiado notablemente”⁷⁵.

En vista de lo anterior, tanto las normas como la jurisprudencia colombianas se muestran favorables a la teoría de la imprevisión. Antes de que fuera definitivamente acogida en el derecho positivo nacional, Pérez Vives resumió así la tendencia general del derecho colombiano hacia esta teoría:

“puede concluirse que en Colombia es contrario a la equidad natural y a la buena fe que debe presidir la celebración y ejecución de las convenciones, pretender que, pese al advenimiento de circunstancias imprevistas e imprevisibles que hayan hecho en extremo onerosa o difícil la obligación, el acreedor tenga derecho a exigir su cumplimiento. Es cosa que pertenece a la naturaleza de la obligación que su cumplimiento parta del supuesto de no haberse alterado fundamentalmente las circunstancias de hecho existentes al momento del contrato. Y es contrario a la moral y a la buena fe, pretender que el deudor se arruine para cumplir su obligación, cuyos presupuestos de hecho han variado por causa de eventos imprevisibles. Los riesgos imprevisibles debe ser distribuidos equitativamente entre las partes”⁷⁶.

⁷⁴ M.P. Arturo Tapias Pilonieta. Publicado en la Gaceta Judicial XLV, p. 544.

⁷⁵ Op. cit., p. 388.

⁷⁶ Op. cit., pp. 277-278.

Estos argumentos constituyen el trasfondo del artículo 868 del Código de Comercio de 1971, que “le dio carta de naturaleza”⁷⁷ a la teoría de la imprevisión en el derecho colombiano. Con el artículo 868, dice Escobar Sanín que “simplemente se consagró la opinión unánime de la doctrina y la jurisprudencia”⁷⁸.

No obstante la adopción definitiva de la teoría de la imprevisión en el derecho positivo colombiano, algunos doctrinantes continúan objetándola. En este sentido, Ospina Fernández y Ospina Acosta dicen considerarla “desacertada” y “un injerto infortunado en el sistema clásico latino”⁷⁹.

13.2. FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Como ya se ha dicho, la teoría de la imprevisión enfrentó gran resistencia, y se requirió un extenso debate doctrinal para vencer la oposición derivada de quienes creían de manera radical en la autonomía de la voluntad y la intangibilidad de los contratos. Algunos tratadistas han resumido los argumentos a favor y en contra de la figura⁸⁰. Otros han destacado las bases usadas para consolidar la teoría⁸¹: la naturaleza económica del contrato, la equidad, la preservación de la buena fe o del equilibrio económico contractual, la protección del abuso del derecho y, en los contratos administrativos, la defensa de un servicio público.

Dada la multiplicidad de fundamentos, y la virulencia de la oposición a ella expresada por varios tratadistas, en la doctrina se encuentran muchos acercamientos a la figura de la imprevisión, buscando enmarcarla dentro de unas u otras categorías jurídicas.

⁷⁷ José Ignacio Narváez García, *Derecho mercantil colombiano (T. 5). Obligaciones y contratos mercantiles* (2 Ed.). Bogotá: Legis (2002), p. 192.

⁷⁸ Gabriel Escobar Sanín, *Negocios civiles y comerciales (T. 2). Teoría general de los contratos*. Colombia: Biblioteca Jurídica Diké (1994), p. 211.

⁷⁹ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (5 Ed.). Bogotá: Temis (1998), pp. 78, 79.

⁸⁰ Ver Tamayo Lombana (Op. cit., pp. 256-258), Pérez Vives (Op. cit., p. 260) y Alessandri et al (Op. cit., p. 166). Pérez Vives (Op. cit., pp. 255-257) refuta los argumentos en contra de la imprevisión.

⁸¹ Ver Valencia Zea y Ortiz Monsalve (Op. cit., pp. 386-387), Alessandri et al (Op. cit., pp. 163-164) y especialmente Pérez Vives (Op. cit., pp. 267-274). Ver también el laudo Empresa de Energía Eléctrica de Boyacá S.A. ESP vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. ESP (antes citado), sección 1.2.

En primer lugar, es frecuente que las discusiones sobre la figura empiecen por señalar lo que la teoría de la imprevisión *no* es⁸². La imprevisión no es igual a la fuerza mayor, dado que la fuerza mayor implica la imposibilidad de cumplir con una obligación (y por lo tanto el único resultado posible es la terminación), mientras la imprevisión conlleva la dificultad para ejecutar la prestación (en cuyo caso la solución puede ser la revisión del contrato, voluntaria o judicial). La imprevisión tampoco es equivalente a la lesión enorme, esencialmente porque la lesión afecta el contrato al momento de su celebración, mientras la imprevisión ocurre durante la ejecución del contrato, es decir, luego de que se ha perfeccionado.

Una segunda aproximación a la imprevisión consiste en ubicar esta teoría dentro de un movimiento del derecho contemporáneo tendiente a abandonar los elementos más inflexibles del derecho liberal que se configuraron luego de la Revolución francesa. Pérez Vives afirma que “por razones históricas [...] los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual se hallan en plena quiebra”⁸³. Baena Upegui propone que la imprevisión es una de las instituciones resultantes de la batalla que ha librado la jurisprudencia “contra el principio de la libertad contractual”⁸⁴; otras doctrinas surgidas como parte del mismo esfuerzo son el abuso del derecho y la teoría de la lesión. Por último, un tribunal arbitral en sede de la Cámara de Comercio de Bogotá afirmó lo siguiente:

“La recepción en el derecho positivo colombiano de instituciones tales como la teoría de la imprevisión y el abuso del derecho (C. Co., arts. 868 y 830 respectivamente), ponen en evidencia la preocupación del legislador por incorporar a nuestras instituciones jurídicas una nueva concepción que busca hacer menos rígida e intransigente la postura de la ley ante situaciones que, examinadas a la luz del viejo principio, implicarían la inflexible aplicación de los términos mismos de la norma legal o la de las estipulaciones contractuales objeto de la discusión litigiosa, preocupación que ya había sido objeto de importantes decisiones de la Corte Suprema de Justicia”⁸⁵.

⁸² Ver, por ejemplo, Messineo (Op. cit., T. 2, pp. 398-399), Valencia Zea y Ortiz Monsalve (Op. cit., pp. 385), Alessandri et al (Op. cit., pp. 160-161), Mantilla y Ternera (Op. cit., p. 320), Larroumet (Op. cit., pp. 328-329) y Tamayo Lombana (Op. cit., pp. 255-256).

⁸³ Op. cit., p. 275.

⁸⁴ Mario Baena Upegui, *De las obligaciones en Derecho civil y comercial* (3 Ed.). Bogotá: Legis (2000), p. 160; en cursivas el original.

⁸⁵ Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, del 8 de marzo de 1993, Banco Extebandes de Colombia S.A. vs. Banco Cafetero, Árbitros: Luis Carlos Neira Archiva, Cristian Mosquera Casas y Antonio José de Irisarri Restrepo.

En tercer lugar, existen distintas formas de referirse a la teoría de la imprevisión, y muchas responden a esfuerzos conceptuales u obras legislativas diferentes. En la tradición italiana, debido al rótulo usado por el Código Civil de ese país, la institución se conoce como “excesiva onerosidad”⁸⁶. Algunos hablan de la “revisión judicial del contrato”⁸⁷. Otros contextualizan la figura dentro la idea general de la imposibilidad de cumplir el contrato; por ejemplo, Escobar Sanín la llama “imposibilidad de ejecución o sobrevenida”⁸⁸. Dentro de su discusión sobre las causales de exoneración de la responsabilidad contractual, Valencia Zea y Ortiz Monsalve se remiten a la imposibilidad de cumplimiento, postulando distintos tipos. La imposibilidad absoluta es la fuerza mayor, y puede ser tanto originaria como subsiguiente a la celebración del contrato. La imposibilidad es subjetiva si es una “circunstancia que incapacita a determinado deudor para ejecutar su obligación, pero que podría ser cumplida por otra persona”. Dentro de esta taxonomía, la imposibilidad subjetiva subsiguiente es la teoría de la imprevisión⁸⁹. Pérez Vives, en cambio, asocia la imprevisión con lo que él llama la “imposibilidad relativa objetiva”, distinguiéndola de la subjetiva⁹⁰.

En cuarto lugar, es frecuente que la doctrina estudie la teoría de la imprevisión a partir de la relación que debe existir entre los contratos y la previsión de los contratantes frente a sus expectativas económicas. Desde esta perspectiva, las partes buscan preservar cierta relación económica existente al momento de contratar, y que de hecho constituye la razón que los llevó a celebrar el contrato. Larroumet relaciona este punto con la defensa de la autonomía de la voluntad:

“Sin duda, un contrato es producto de las voluntades de las partes; por tanto se comprende que es necesario respetar estas voluntades y no permitir al juez frustrar sus previsiones, que es a lo cual podría conducir la teoría de la imprevisión. Pero también conviene tener en cuenta que la voluntad de los contratantes no se puede aislar del contexto económico y social en que se ha expresado. En efecto, un contrato siempre se celebra teniendo en cuenta esas circunstancias sociales y económicas. Si esas circunstancias cambian, le falta el soporte socioeconómico de la voluntad y la voluntad no significa nada, pues no tiene base. Por consiguiente,

⁸⁶ Ver, por ejemplo, Messineo (Op. cit., T. 2, pp. 373-400). Este nombre también lo usan Alessandri et al (Op. cit., pp. 159-167). La norma colombiana se refiere también a la excesiva onerosidad.

⁸⁷ Así se titula el capítulo de Mantilla y Terner sobre la imprevisión (Op. cit., pp. 319-324), y bajo esta clasificación estudian la figura Ripert y Boulanger (Op. cit., pp. 294-301).

⁸⁸ Op. cit., p. 211.

⁸⁹ Op. cit., pp. 377-378.

⁹⁰ Op. cit., p. 272.

conviene permitir la revisión de los contratos conforme a la teoría de la imprevisión”⁹¹.

De manera semejante, dicen Mantilla y Ternera que la única explicación de la revisión judicial del contrato es el hecho de ser “uno de los mecanismos jurídicos que permiten la preservación de un contrato que regula una relación económica considerada digna de ser mantenida”⁹². No obstante, ambos textos resaltan la importancia del contrato como una “obra de previsión”⁹³, por lo cual son las partes las que están llamadas a prever mecanismos para hacerles frente a los cambios en las circunstancias esperadas. En efecto, Tamayo Lombana enumera cuatro cláusulas con las cuales las partes pueden incorporar la revisión judicial directamente en el contrato⁹⁴:

1. Una cláusula expresa de revisión, haciendo explícita la cláusula *rebus sic stantibus*⁹⁵.
2. Una cláusula de variación automática, indexación o escala móvil, que permita actualizar los precios con el paso del tiempo.
3. Una cláusula de autorización a un tercero para llevar a cabo la revisión.
4. Una cláusula que consagre una facultad unilateral de revisión, en beneficio de uno de los contratantes.

Larroumet complementa esta lista con dos mecanismos que les permiten a las partes mitigar los efectos de las circunstancias extraordinarias, aun cuando carecen de una cláusula contractual específica⁹⁶. El primero es la modificación del contrato por mutuo acuerdo, posterior a la celebración. El segundo es la resiliación unilateral del contrato, posible para los contratos de duración indeterminada. Además de estas herramientas, Ternera y Mantilla dicen que un contratante precavido debería apoyarse en pólizas de seguros, para morigerar el impacto de las circunstancias imprevistas⁹⁷.

En síntesis, hubo muchos esfuerzos doctrinales para obtener la aceptación de la teoría de la imprevisión, y esto en parte ha llevado a que se presenten formas muy variadas de conceptualización de la figura. La exposición de esta doctrina normalmente se refiere a los

⁹¹ Op. cit., p. 332.

⁹² Op. cit., p. 319.

⁹³ Larroumet (Op. cit., p. 333) y Mantilla y Ternera (Op. cit., p. 320).

⁹⁴ Op. cit., pp. 263-264. Larroumet (Op. cit., p. 334) menciona las primeras dos de estas cláusulas.

⁹⁵ Ver también Messineo (Op. cit., T. 2, p. 385).

⁹⁶ Op. cit., p. 334.

⁹⁷ Op. cit., p. 321.

distintos fundamentos de la imprevisión. Además, el análisis por lo general busca caracterizar la institución desde cierta posición doctrinal, como el esfuerzo contra la libertad contractual irrestricta, la imposibilidad de cumplimiento o la labor de previsión asociada con los contratos.

13.3. DEFINICIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Colombia cuenta con una definición legal de la ocurrencia de la imprevisión, contenida en el artículo 868 del Código de Comercio. No obstante, es frecuente encontrar en la doctrina definiciones más sintéticas de la figura. Algunas son tan breves como esta que propuso un laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá: “se obra con imprevisión cuando en un acuerdo se cree prevenir todas las alteraciones económicas determinantes de los precios durante cualquier ejecución del contrato y después resulta lo contrario”⁹⁸.

Peña propone esta conceptualización:

“La Teoría de la Imprevisión, es aquella que admite la revisión de los contratos válidamente celebrados entre las partes con el fin de modificarlos cuando al momento de la ejecución, las circunstancias se han alterado por causas ajenas a las partes, que no pudieron prever al momento de la celebración del contrato, creando una situación particularmente onerosa para una de ellas”⁹⁹.

Las definiciones doctrinales nacionales resaltan los elementos más importantes en el concepto de la imprevisión. En países que no cuentan con definiciones legales, la aplicación de la teoría se basa en aquella labor de los tratadistas y las cortes. Sin embargo, en Colombia existe una definición legal, y es en ella que el Tribunal se concentrará en las secciones siguientes. El artículo 868 del Código de Comercio de Colombia dispone:

“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

⁹⁸ Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, del 16 de marzo de 1979, Termocolombia vs. ICCEL, Árbitros: José Alejandro Bonivento Fernández, José Gabino Pinzón Martínez y Pedro Lafont Pianetta.

⁹⁹ Op. cit., p. 114.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

En la sección siguiente el Tribunal estudiará los distintos elementos que componen esta definición. Si bien la jurisprudencia civil fue importante para adoptar la teoría de la imprevisión, no será útil para interpretar la norma mercantil pertinente, dado que, como dicen Mantilla y Ternera, “hasta el día de hoy nuestra Corte Suprema de Justicia no parece haber aplicado nunca la disposición del artículo 868 del Código de Comercio y, por consiguiente, no ha tenido oportunidad de interpretar dicha formulación normativa”¹⁰⁰.

13.4. CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

La doctrina nacional ha resaltado las características de la teoría de la imprevisión, con fundamento en el artículo 868 del código mercantil¹⁰¹. Los siguientes siete puntos recogen las principales características expresadas por los tratadistas.

13.4.1. El contrato para el cual se invoque la imprevisión debe ser un contrato **conmutativo**, y además **de ejecución sucesiva** o **tracto sucesivo**, de prestaciones diferidas o a término. De esto se colige que el contrato no puede ser gratuito ni aleatorio, y que las prestaciones del negocio, decididas sobre bases ciertas, deben ser aproximadamente equivalentes¹⁰². También se desprende que la figura no se aplica a los contratos de ejecución instantánea; debe haber lo que Messineo llama una “*dilación de la ejecución*”¹⁰³. Los incisos inicial y final del artículo 868 del Código de Comercio expresan estas precisiones de manera explícita.

13.4.2. Luego de celebrarse el contrato, y estando en la fase de ejecución, se presenta una **variación** en las condiciones que existían al momento de contratar. La norma del estatuto

¹⁰⁰ Op. cit., p. 322.

¹⁰¹ En general, esta sección se apoya en Valencia Zea y Ortiz Monsalve (Op. cit., p. 385), Narváez (Op. cit., pp. 192-196), Peña (Op. cit., p. 115), Tamayo Lombana (Op. cit., pp. 254-255) y Pérez Vives (Op. cit., p. 279). Alessandri et al (Op. cit., p. 161) coinciden en gran medida con este análisis, si bien ellos se refieren al caso chileno, donde la imprevisión es una construcción doctrinal y no legal.

¹⁰² En el capítulo anterior el Tribunal se refirió a la definición de los contratos conmutativos, que está implícita en este argumento. Debe tenerse en cuenta que en situaciones excepcionales se ha aplicado la imprevisión en contratos aleatorios, como el de renta vitalicia; ocurrió cuando se autorizó al juez para revisar estos contratos en Francia después de la Segunda Guerra Mundial (Ripert y Boulanger, Op. cit., p. 300).

¹⁰³ Op. cit., T. 2, p. 377; en cursiva el original.

mercantil dice claramente que las circunstancias deben ser “posteriores a la celebración” del contrato. Como lo expresa Narváez, “el factor primordial es temporal, o sea, el lapso que media entre la celebración del contrato y el cumplimiento de la prestación”¹⁰⁴. Debe haber por lo menos algunas prestaciones no ejecutadas, dado que no se puede aplicar la imprevisión a las prestaciones ya cumplidas¹⁰⁵. Además, no se requiere que el contrato esté en su totalidad pendiente de ejecución; basta con que algunas prestaciones se encuentren en esa situación¹⁰⁶.

13.4.3. La **variación** en las condiciones debe ser **significativa**. Narváez habla de un “trastorno económico”, que puede ser general, local o sectorial¹⁰⁷. Messineo usa como ejemplos frecuentes la escasez de mercancías o la desvalorización monetaria¹⁰⁸.

13.4.4. La variación en las condiciones debe ser por **causas imprevisibles**, y además **imprevistas** para quien siga un “grado normal de diligencia”¹⁰⁹. Sobre este aspecto de la definición legal radica un problema que han reportado algunos doctrinantes¹¹⁰. La norma mercantil se refiere a “circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles”. Sin embargo, a pesar de que la norma pareciera permitir que la situación sea imprevista o imprevisible, no basta con que las condiciones sean imprevistas, sino que deben ser imprevisibles para quien utilice la diligencia esperada de un hombre de negocios. Esta precisión es importante, porque, como lo expresan Mantilla y Ternera, “...lo *imprevisible* es lo que no se pudo prever, y lo *imprevisto* es lo que no se previó habiéndose podido hacerlo”¹¹¹; lo importante para efectos de la teoría de la imprevisión es que el evento extraordinario no sea posible de prever.

13.4.5. Los **eventos extraordinarios** invocados deben exceder el **álea normal** de los contratos. El Tribunal se refirió en el capítulo anterior al álea que se espera en el mundo de los negocios, y Tamayo Lombana hace una elaboración al respecto, en el contexto de la imprevisión:

¹⁰⁴ Op. cit., p. 193.

¹⁰⁵ Ver Narváez, Op. cit., p. 197.

¹⁰⁶ Ver Messineo (Op. cit., T. 2, pp. 377, 383).

¹⁰⁷ Op. cit., p. 195.

¹⁰⁸ Por ejemplo, Op. cit., T. 2, pp. 378-379.

¹⁰⁹ Narváez, Op. cit., p. 193.

¹¹⁰ Por ejemplo, Tamayo Lombana (Op. cit., p. 262) y Mantilla y Ternera (Op. cit., p. 322). Los últimos dicen que la definición es “*ambigua*” (Op. cit., p. 324 n. 14).

¹¹¹ Op. cit., p. 321.

“Es obvio que todo contrato está sometido a cierto riesgo, al alza o baja de precios, lo que puede alterar la equivalencia de las prestaciones en detrimento de una de las partes. Mientras no sobrepase las previsiones de los contratantes y quede dentro de ciertos límites, habrá que decir que es un *álea prevista o previsible* que no ataca la fuerza obligatoria del contrato. [...] En consecuencia, no habrá lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión si la modificación de las circunstancias no sobrepasa el *álea normal* que las partes debían prever”¹¹².

13.4.6. El efecto de los eventos imprevisibles es **la ruptura de la economía contractual**, de tal forma que la prestación a cargo de una de las partes resulte **excesivamente onerosa o difícil**. Como lo expresan Valencia Zea y Ortiz Monsalve, el acontecimiento imprevisto produce un “notable desequilibrio entre las partes, de manera que el contrato que fue previsto sinalagmático, cesa de serlo”¹¹³. El desequilibrio lesiona en un grado importante los intereses de uno de los contratantes; Alessandri et al dicen que para una de las partes “surge una onerosidad de la prestación debida mucho mayor que la que normalmente pueden calcular las partes al celebrar el contrato”¹¹⁴. La onerosidad debe ir en verdadero detrimento de la parte afectada, como lo afirma Tamayo Lombana:

“[El] *álea extraordinaria o anormal* [...] perturba y desequilibra el contrato, profundamente. Ese desequilibrio supone un *déficit*; la simple disminución o desaparición del provecho del contratante afectado no basta para configurar la imprevisión”¹¹⁵.

El artículo 868 del Código de Comercio se refiere a este aspecto al hablar de la prestación que se torna “excesivamente onerosa”.

13.4.7. Las circunstancias extraordinarias y el desequilibrio resultante **fueron ajenos a la voluntad de las partes, y no fueron causados por ellas**. Como lo indica Narváez, “los hechos determinantes de la excesiva onerosidad no han de ser imputables en forma alguna” a la parte que reclama la revisión del contrato¹¹⁶. De lo contrario, terminaría un contratante beneficiándose de su propia culpa o de su propio dolo, algo que riñe con los principios del derecho privado colombiano. Es por esto que no cabe la teoría de la imprevisión en caso de

¹¹² Op. cit., p. 255.

¹¹³ Op. cit., p. 385.

¹¹⁴ Op. cit., p. 161.

¹¹⁵ Op. cit., p. 255.

¹¹⁶ Op. cit., p. 197.

mora, como lo explica Narváez: quien alegue la imprevisión “no ha de hallarse en situación de retardo o de mora, imputable siempre al deudor, que suele preverse y nada tiene de extraordinario”¹¹⁷.

Resumiendo lo anterior, se aplica la teoría de la imprevisión a contratos conmutativos y de tracto sucesivo (o, al menos, no ejecutados), cuando, después de la celebración del contrato, ocurren eventos que representen una variación significativa en las condiciones contractuales, que no sean de ningún modo causados por las partes, y que trasciendan el álea normal de los contratos. Estos eventos rompen el equilibrio contractual, en desmedro notable de una de las partes.

13.5. REVISIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO, A PARTIR DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Una vez que se sabe que tiene cabida la teoría de la imprevisión, el artículo 868 del Código de Comercio dispone que los contratantes deberán acudir al juez, quien cuenta con dos opciones: revisar el contrato, en aras de reestablecer la equidad, o terminarlo. Así lo expresan Mantilla y Ternera: “la intervención del juez debe estar orientada, en primer lugar, a su participación como mediador en la negociación de los ‘reajustes’ que deben realizar las partes mismas, y, en segundo lugar, a la declaración de la terminación del contrato si éstas no llegan a ningún acuerdo” (Op. cit., p. 322). La descripción de estos autores se asemeja a la de otro régimen, frecuentemente discutido en la doctrina: el del Código Civil de Italia. Esta norma les da a las partes la posibilidad de revisar el contrato, para evitar la única posibilidad concedida al juez: la terminación del contrato¹¹⁸. La norma colombiana no limita, en cambio, las facultades de revisión del juez al acuerdo de las partes.

Un panorama un poco más amplio de las alternativas existentes al momento de configurarse la teoría de la imprevisión se encuentra en el análisis de Alessandri et al, quienes reconocen cuatro posibilidades:

1. Las partes **resuelven las diferencias amigablemente**, por mutuo acuerdo.

¹¹⁷ Op. cit., p. 197.

¹¹⁸ Tamayo Lombana explica que la autorización legal para resolver el contrato excesivamente oneroso en el Código italiano es “un mecanismo persuasivo para que las partes, por sí mismas y en forma amigable, revisen el contrato en el evento de que fenómenos imprevistos hayan venido a alterar su economía” (Op. cit., p. 262). Ver también Alessandri et al (Op. cit., pp. 165-166) y Messineo (Op. cit., T. 2, pp. 391-394).

2. El juez **revisa el contrato**¹¹⁹. Esta revisión debe procurar, sobre la base de la equidad, una justa valoración de las prestaciones de los contratantes. Dicen Mantilla y Ternera que “el Código de Comercio colombiano parece autorizar al juez para que modifique el contrato, de acuerdo con lo que él mismo considere equitativo y cuando, en su opinión, esto sea posible”¹²⁰.
3. El juez **suspende el cumplimiento de las prestaciones mientras subsistan las circunstancias excepcionales**.
4. El juez decreta la **terminación del contrato**. Esta terminación se decreta “sin retroacción de las cosas al estado precontractual, es decir, no destruye los efectos ya cumplidos sino los que están por cumplirse. El contrato concluye para el porvenir, pero conserva intangibles las prestaciones ya cumplidas”¹²¹.

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO

ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES CONTENIDAS EN LA DEMANDA

Sabido es que en el arbitramento la decisión no puede traspasar el marco fijado por el convocante al expresar sus pretensiones. Ni las manifestadas por el convocado que reconviene, cuando existe contrademanda. Las teorías más recientes enseñan que el arbitramento nace de un contrato, mediante el cual las partes convienen en delegar en terceros, no revestidos del carácter permanente de operadores judiciales, la decisión de las diferencias nacidas de un contrato, siempre que sean susceptibles de transacción.

El Tribunal, resumiendo las pretensiones declarativas de la parte convocante, encuentra que ella en primer término solicita al Tribunal que, acudiendo a la facultad de interpretación de los contratos, haga claridad sobre varios puntos: que la valorización del terreno es un pacto válido y no puede ser modificada unilateralmente por IBICO;; que en todo caso se deberá reconocer a la convocante el 3 % del precio de venta de los apartamentos, tomando como base el valor de las ventas brutas totales; que para liquidar el beneficio se debe tomar la fecha de venta de cada apartamento y desde esa fecha generar intereses corrientes; que cada 3 meses contados desde la iniciación de ventas al público de cada etapa debe realizarse un corte de cuentas para pagar el 3 % de las ventas brutas así como la parte, proporcional a lo

¹¹⁹ Ver también Narváez (Op. cit., pp. 194-197) y Pérez Vives (Op. cit., pp. 279-280).

¹²⁰ Op. cit., p. 321.

¹²¹ Narváez, Op. cit., p. 196.

vendido, del valor pactado para el lote de terreno y la valorización; que la liquidación final de cada etapa se hará el día siguiente a la fecha de firma de la escritura de venta del último de los apartamentos vendidos; que si no se practica la liquidación final de cada etapa se deberán a la convocante intereses de mora, a la tasa más alta autorizada por la ley.

Pide la convocante que se declare la ocurrencia de varios incumplimientos de la convocada: en su obligación de realizar cortes trimestrales para liquidar parcialmente el beneficio; en su obligación de actuar de buena fe y con lealtad. Solicita igualmente que se declare que la convocada ha abusado de su posición de preeminencia en el contrato, motivo por el cual debe indemnizar a la convocante.

En cuanto a las pretensiones de condena solicita la convocante que se condene a IBICO a pagar a SALAZAR CALDAS el 3 % del monto total de las ventas de los apartamentos que hacen parte de la Torre A del proyecto “Mirador de Avalon”; que se condene a IBICO a pagar a la convocante el 3 % de la valorización proporcional del Lote por la Torre A, bajo el entendido que de acuerdo con lo pactado por las partes dicha valorización debió ser tenida en cuenta para determinar el precio de venta a los compradores finales; que se condene a IBICO a pagar a la convocante el valor proporcional del lote de terreno D3 ocupado con la Torre A del proyecto “Mirador de Avalon”, teniendo en cuenta lo establecido en el dictamen pericial en armonía con lo convenido en la cláusula cuarta del contrato; que se condene a la convocada a pagar a SALAZAR CALDAS el valor proporcional de la valorización del lote de terreno D3 ocupado con la Torre A del proyecto “Mirador de Avalon”, teniendo en cuenta lo establecido en el dictamen pericial en armonía con lo convenido en la cláusula cuarta del contrato; que se condene a IBICO a restituir a la sociedad convocante la suma de \$6.885.154 por concepto de derechos notariales, impuesto de anotación y registro y derechos de registro correspondientes a las Escrituras Públicas No. 3629 y 3630 de fecha 13 de septiembre de 2007; que se liquiden en contra de la convocada intereses moratorios, a la tasa más alta permitida o en subsidio a la tasa bancaria corriente, sobre todas las condenas demandadas.

Sea lo primero anotar que la convocada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de SALAZAR CALDAS.

No le cabe duda al Tribunal acerca del hecho de que fue intención de las partes suscribir un contrato de Asociación o Cuentas en Participación¹²². No solamente porque así lo denominaron al firmarlo, sino porque en el texto del pacto se alude de manera inequívoca a esa especie contractual. En el aspecto procesal, la convocante describió el contrato en el hecho 1º de su demanda diciendo que “por medio de documento privado de fecha 24 de noviembre de 2004 las sociedades SALAZAR CALDAS & CIA. S.C.A. e IBICO celebraron un Contrato de Asociación y Cuentas en Participación”. Cuando la convocada contestó la demanda, aceptó expresamente ese hecho; aunque matizó su contestación con consideraciones sobre el momento económico en que se firmó (“Es cierto pero se aclara que esta es una situación económica del 2004 en donde las condiciones eran diferentes”), no llegó a desconocer el tipo contractual acordado entre ellas. En el transcurso del proceso ninguna de las partes trató de desconocer la naturaleza jurídica del convenio de 24 de Noviembre de 2004.

Es, en consecuencia, un contrato de Asociación o Cuentas en Participación¹²³ el que ha regido las relaciones de las partes en relación con el desarrollo del proyecto “Mirador de Avalon”. La labor interpretativa que se demanda del Tribunal de Arbitramento parte de esa circunstancia de hecho y se concentrará en revisar razonablemente las cláusulas que desequilibran el contrato y lo alejan de la verdadera esencia del pacto que las partes desearon señalar como regulador de sus relaciones. Anota el Tribunal que en la cláusula compromisoria se estableció expresamente que serían objeto de arbitraje las diferencias ocurridas en cuanto a la interpretación del contrato.

¿Cuáles son los límites de la facultad judicial de interpretar los contratos? La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla, dice en sentencia del 30 de junio de 2005:

"Además, como ha sido reiterado que el juzgador tiene autonomía relativa para interpretar los contratos y en tanto esa libertad no ronde los confines de la arbitrariedad, o lleve a conclusiones notoriamente absurdas, ilógicas, o manifiestamente contrarias a la realidad, queda en el ámbito de lo razonable y por ello resulta intangible en casación".

¹²² CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULO 1618.- “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

También sobre el particular ha dicho la Corte (Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno, sentencia del 18 de julio de 2005):

"Tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, en torno al punto, que 'cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar o desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni menos para reducir sus efectos legales o adicionar los que le son propios...".

El fallador que interpreta debe moverse, entonces, dentro de los límites de lo razonable y propender con su labor a que el contrato, retornando a su verdadera naturaleza, produzca los efectos que debieron querer las partes cuando escogieron el tipo contractual suscrito por ellas.

Como dijimos en el análisis teórico contenido en el Capítulo Duodécimo de este Laudo, es de la esencia del contrato de Cuentas en Participación la distribución de las ganancias o de las pérdidas que arroje el desarrollo del objeto contractual, tal como lo dice la definición legal contenida en el artículo 507 del Código de Comercio. No se concibe un contrato de Asociación o Cuentas en Participación en el que uno solo de los contratantes asuma la totalidad de las ganancias pero ninguna de las pérdidas. El cero por ciento de las pérdidas para un contratante no puede acordarse, porque ello tornaría el contrato en leonino: según cita ya hecha del tratadista Jaime Arrubla Paucar "[s]ería leonina la participación donde se conviene compartir únicamente utilidades".

De acuerdo con el artículo 1621 del Código Civil "en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato". Si las partes quisieron que una llevara a su costa todas las ganancias y ninguna de las pérdidas, estarían desnaturalizando irremediablemente el contrato de Asociación o Cuentas en Participación. Pero las evidencias de que ese fue el tipo contractual escogido afloran por todas partes. La interpretación debe dirigirse, en consecuencia, a hacer recobrar al pacto celebrado su esencia y naturaleza. Por ello el Tribunal tendrá por no escrita, en la cláusula Segunda, la frase "LA SOCIEDAD PARTÍCIPE no asumirá pérdidas en la

operación desarrollada por LA SOCIEDAD GESTORA”. La lectura de esta cláusula tiene que hacerse de la manera en que produzca efectos dentro del marco de un contrato de Asociación o Cuentas en Participación¹²⁴.

¿Cómo expresar, en consecuencia, la asunción de un álea compartido? De las prestaciones que debe el gestor al partícipe inactivo, la que hace diferente al contrato frente a la manera en que se regulan situaciones parecidas, es la de convertir a IBICO en deudor de un 3 % sobre las ventas brutas. La forma usual en que en el sector de la construcción se regulan desarrollos similares a “Torres de Camelot” - “Mirador de Avalon” es incorporando la noción de costos y pactando un porcentaje sobre la utilidad neta de cada etapa. Hacia allá parece dirigirse el contrato en estudio cuando establece la obligación de rendir cuentas periódicas sobre el avance de la obra y cuando posibilita la presencia de un contralor del proyecto que lo supervigile continuamente. Sin embargo, aparece en el pacto como una de las prestaciones a cargo del gestor la de pagar al partícipe inactivo un 3 % sobre las ventas brutas, es decir, sin tener en cuenta los costos.

A este Tribunal se le ha pedido que interprete el contrato y deberá hacerlo en la forma más ajustada a su naturaleza, y en un sentido que dé a la relación fluidez hacia el futuro. Por ello, para restablecer la equidad contractual dentro de la Asociación o Cuentas en Participación, se impone prescindir de la obligación de pagar el 3 % sobre las ventas brutas, pasándola a un reconocimiento del 3 %, sobre las ventas de cada torre, deducidos los costos directos e indirectos constructivos incurridos en ella.

Al convertir el 3 % bruto en un 3 % sobre ventas, deducidos costos directos e indirectos constructivos, el Tribunal hace recobrar al contrato su esencia de Cuentas en Participación, pues el partícipe inactivo tiene que beneficiarse o no, según las oscilaciones de los costos y los precios de venta. Desaparece de esta manera la característica de que se trata de un pacto leonino, en el cual tan sólo una de las partes corre con las pérdidas.

Es de resaltar que el contrato exige del partícipe no visible una vigilancia constante sobre la manera en que el proyecto se está desarrollando. De ahí la figura del contralor, prevista en el contrato, y la importancia de que el partícipe inactivo lo

¹²⁴ ARTICULO 1620. – “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

designe. La determinación de los costos es esencial en el desarrollo de un contrato como el que está siendo examinado. Sobre este punto aportan claridad los testimonios de Carlos Alberto Saa Luna y Héctor Fabio Cruz Bocanegra.

Quedan incólumes el reconocimiento de la valorización del lote y la obligación de reembolsar el capital aportado como prestaciones a cargo de IBICO. Tal como se deduce del peritazgo rendido por la Dra. Myriam Caicedo¹²⁵, la valorización del terreno no ha sido aplicada contablemente por el constructor¹²⁶; pero ello no desconoce la existencia de una cuantificación previa sobre el concepto de valorización del terreno, hecha en la cláusula 8ª del contrato, la que arroja a cargo de IBICO un valor de \$840.247.660.50, es decir, \$ 168.049.532.00 por cada una de las 5 torres. También dispondrá el Tribunal que al finalizar cada torre o etapa del proyecto se cancele al partícipe inactivo una quinta parte del costo del terreno, estimado por las partes en la cláusula 8ª. De esta manera se asegura que el contrato no se torne demasiado beneficioso para el gestor, como ocurriría si éste retiene hasta el final de las cinco etapas los reconocimientos por valor del lote, por valorización y por gastos de escrituración que en cifras cerradas se pactaron en la cláusula 8ª, literal a.

En consecuencia, al finalizar cada etapa o torre, el gestor deberá incluir en su rendición obligatoria de cuentas al partícipe inactivo: (a) El valor de las ventas brutas de la respectiva torre, deducidos costos directos e indirectos constructivos, sin incluir financieros ni impuestos directos; (b) Una quinta parte del monto del valor del lote pactado en la cláusula 8ª, literal a; (c) Una quinta parte de la valorización pactada en la cláusula 8ª, literal a; (d) Una quinta parte de los gastos de escrituración pactados en la cláusula 8ª, literal a. Los créditos o cuentas a favor de IBICO se deducirán de la sumatoria de las partidas indicadas para arrojar el saldo, positivo o negativo, que deberá ser pagado por quien lo resulte a deber.

En las otras ocasiones en que se deben rendir cuentas, el procedimiento será similar, sin que exista al final la obligación de restitución o pago.

El Tribunal anota que no puede haber lugar a dar viabilidad a pretensiones de condena cuando las bases en que las condenas impetradas se fundan no son

¹²⁵ Página 17.

¹²⁶ Aunque es factible hacerlo, tal como lo explicó la testigo Luz Elena Álvarez Carmona, cuando SALAZAR CALDAS pase su cuenta de cobro.

totalmente claras. Sin claridad no puede haber condena. La falta de claridad de las prestaciones a cargo de las partes se evidencia a lo largo de la lectura de las piezas procesales, llámense demanda arbitral, contestación a la demanda, pronunciamiento sobre excepciones, demanda de reconvención, su contestación, etc. Ambas partes solicitan dar nitidez y precisión a los puntos contractuales necesarios para determinar cuánto se debe, quién lo debe y cuándo debe pagarlo. Las grandes diferencias de conocimiento, comprensión y entendimiento del contrato saltan a la vista en los interrogatorios de los representantes legales de ambas partes. Puede afirmarse que en lo único en que concuerdan plenamente las partes es en el hecho de que su intención fue celebrar un contrato de Asociación o Cuentas en Participación.

Si las obligaciones no son claras (ambas partes demandan claridad), si no son expresas (ambas partes solicitan definir cuáles fueron los alcances de la intención de los contratantes), mal pueden servir de base para una condena con fuerza de exigibilidad. En efecto, el Tribunal sólo procederá a condenar a la convocada y reconviniente en relación con la pretensión 5 formulada por SALAZAR CALDAS, que guarda relación con un hecho concreto y específico: la no devolución de unos gastos notariales y de registro. Sobre el punto es ilustrativa la declaración de la testigo Dacier Guerrero Escobar.

Lo que el Tribunal busca es, precisamente, aportar la claridad que falta para que las relaciones inter-partes continúen ejecutándose en el futuro de una manera regular.

El otro problema mayor asociado a la decisión radica en la oportunidad en que las prestaciones a cargo del gestor deben ser pagadas al partícipe inactivo. La convocante solicita que cada 3 meses se haga un corte de cuentas “fecha en la cual se debe pagar a la sociedad partícipe el tres por ciento (3%) de los ingresos brutos por ventas así como la parte, proporcional a lo vendido, del valor pactado para el lote de terreno y la valorización” y “que en todo caso la liquidación final de cada etapa se hará el día siguiente a la fecha en que IBICO suscriba la escritura pública de compraventa del último de los apartamentos vendidos, sin perjuicio de que para ese instante no hubieren transcurrido más de tres (3) meses contados desde el último corte parcial”. La convocada y reconviniente, por su parte, expresa “que en este negocio, solamente se liquidan los beneficios cuando se venda todo el proyecto y se obtengan las utilidades”.

El contrato, en su punto 4.5., establece que IBICO “se obligará (...) a cancelar las participaciones en el beneficio dentro del término pactado”. Sin embargo, el pacto no da pautas claras y precisas para establecer las fechas de pago. Es innegable, como lo alega la convocante, que el contrato en estudio es una continuación del que las mismas partes suscribieron en 2004 para el desarrollo del proyecto contiguo denominado “Torres de Camelot”. Así lo dice la cláusula Primera del contrato de 12 de Mayo de 2006, por lo que es de recibo el análisis de la posibilidad de aplicar lo previsto en el artículo 1622 del Código Civil, segundo inciso, norma que predica que las cláusulas de un contrato “podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia”. En esta materia aportan claridad la declaración del testigo Edgar Javier Navia Estrada, quien manifestó haber redactado los dos contratos.

El Tribunal desearía que para solucionar la oscuridad que sobre la materia trae el pacto en análisis, se pudiera usar la misma fórmula que las partes utilizaron para pagar los beneficios del proyecto “Torres de Camelot”. Pero el Acuerdo Modificatorio de 31 de Agosto de 2006, cuya aplicación desea la convocante, no aporta suficientes elementos de juicio.

La cláusula Segunda del contrato analizado dice que la sociedad gestora tiene “la obligación de rendir cuentas al finalizar cada etapa del Proyecto o trimestralmente o cuando se lo solicite LA SOCIEDAD PARTÍCIPE y distribuir el beneficio en el porcentaje señalado más adelante...”. En el punto 4.5 del contrato la gestora se obliga “a rendir cuentas comprobadas y detalladas de su gestión a LA SOCIEDAD PARTÍCIPE en los términos señalados en el presente contrato y a cancelar las participaciones en el beneficio dentro del término pactado”.

En el contrato de Asociación o Cuentas en Participación la rendición de cuenta comprobada de la gestión no es optativa ni se considera una facultad del gestor. Se trata de una obligación esencial¹²⁷, que forma parte de la naturaleza del contrato y que le sirve de eje fundamental. Luego la interpretación que se haga sobre sus circunstancias de modo, tiempo y lugar debe partir de lo dicho por el artículo 1621 del Código Civil: “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria,

¹²⁷ Ver punto 12.4.1.6 del presente Laudo. De hecho la obligatoriedad de la rendición de cuentas aparece en la definición legal que sobre este tipo contractual hay en Colombia, en el artículo 507 del Código de Comercio.

deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”. No se advierte que las partes hubieran expresado una intención adversa a la rendición de cuentas. Por el contrario, ambas manifestaron su intención de que la rendición debe producirse, aunque no hay claridad plena sobre sus épocas, efectos y demás circunstancias de facto.

De lo escrito en el contrato se deduce que son 3 los eventos en los cuales se materializa la obligación del gestor de rendir cuentas: (1) Al finalizar cada etapa del Proyecto; (2) Trimestralmente; (3) Cuando se lo solicite la sociedad partícipe. En cualquiera de esos 3 eventos el gestor debe rendir las cuentas, someterlas a la aprobación del partícipe inactivo y proceder a ajustar la cuenta, bien mediante el pago de lo que el gestor adeude al partícipe, bien mediante el pago de lo que éste adeude a aquél. Es obvio que caben las compensaciones.

El Tribunal encuentra que ni siquiera sobre la forma de pedir las cuentas y de rendirlas existía claridad entre los contratantes y es forzoso dilucidar también este punto. Las obligaciones de rendir las cuentas al final de cada etapa y al vencimiento de cada trimestre son cargas autónomas e independientes para el gestor. No se requiere que el partícipe inactivo las exija porque ambos hechos cronológicos son determinables fácilmente: el final de cada etapa sucede, como lo expresa la convocante, cuando se suscriba la escritura pública de venta correspondiente al último de los apartamentos de la torre respectiva. Y el vencimiento de cada trimestre coincide con las fechas del calendario para este efecto: 31 de Marzo, 30 de Junio, 30 de Septiembre y 31 de Diciembre. Como lo expresa el contrato, la sociedad gestora debe informar al menos trimestralmente al partícipe sobre el estado de las ventas (cláusula 11ª). La gestora no puede esgrimir el hecho de que el partícipe no ha ejercitado su derecho de designar un contralor para no rendir las cuentas del final de cada etapa y las del final de cada trimestre. Su obligación en este sentido es, se repite, autónoma e independiente.

Es diferente la rendición de cuentas entregada a solicitud de la sociedad partícipe. Para este caso sí encuentra el Tribunal que debe intervenir el contralor designado por SALAZAR CALDAS porque en este punto cabe la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, ínsita en todo contrato bilateral: no puede exigir rendición de cuentas quien no ha cumplido con la obligación correlativa, nacida de la cláusula 10ª. Mientras las rendiciones de cuentas de fin de etapa y de fin de semestre son

obligaciones unilaterales a cargo del gestor, la solicitada por el partícipe debe incluir, en concepto del Tribunal, la intervención activa del contralor del contrato.

La periodicidad que más se acomoda a la naturaleza del contrato (desarrollo de un proyecto constructivo por etapas) es, sin duda alguna, la de rendir cuentas y pagar el beneficio al finalizar cada una de las etapas del proyecto. Así las cosas, no puede prosperar la pretensión de la convocada y reconviniente consistente en que sólo al final de todas las etapas debe cancelar al partícipe su beneficio.

El Tribunal dispondrá que habrá rendición de cuentas en las 3 oportunidades previstas en el contrato (fin de cada etapa, fin de cada trimestre y cuando sean solicitadas), pero sólo habrá rendición de cuentas seguida de pago al final de cada etapa.

El Laudo señalará los plazos dentro de los cuales IBICO deberá pagar al partícipe inactivo lo que le resulte a deber, para lo cual se aplicará en lo pertinente lo dispuesto por los artículos 418 y 419 del Código de Procedimiento Civil.

Encuentra el Tribunal que no asiste ninguna razón a IBICO para no haber reembolsado a la convocante los gastos notariales pagados para completar la transferencia de los apartamentos 704 y 904 de la Torre A, acuerdo que finalmente no se materializó. En consecuencia, el Tribunal dispondrá que la devolución de esa suma se produzca. Se anota que la sociedad convocada y reconviniente permitió con sus actos que el otro contratante creyera legítimamente que tales escrituras públicas iban a ser corridas.

En cuanto a costas, el Tribunal, fundado en lo dispuesto por la ley, condenará en un cinco por ciento (5 %) de ellas a la sociedad IBICO, por razón de la condena a que se refiere el punto Séptimo de la parte resolutive.

Por lo analizado el Tribunal despachará favorablemente las pretensiones declarativas de la convocante individualizadas como 1 a y 1 b.

El Tribunal despachará desfavorablemente las siguientes pretensiones declarativas de la convocante: 1 c, 1 d, 1 g, 2, 3 y 4. La pretensión 1 e y 1 f prosperarán parcialmente.

No se accederá a las pretensiones de condena identificadas como 1, 2, 3 y 4. Se despachará favorablemente la 5 y se accederá parcialmente a la pretensión 6, sólo en cuanto tiene relación con la pretensión 5.

No se despachará favorablemente la pretensión de condena presentada como subsidiaria a la 6.

CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO

LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

En tiempo oportuno la parte convocada formuló demanda de reconvención. La cual fue rituada en forma legal, dando los traslados pertinentes a SALAZAR CALDAS, quien se pronunció en su debido momento.

Encuentra el Tribunal que la pretensión fundamental de la reconviniente es su petición de que le sea aplicada la llamada Teoría de la Imprevisión, ante la ocurrencia de hechos que ella cree que son constitutivos de circunstancias imprevistas. Comparte el Tribunal el punto de vista de la convocante, avalado en el concepto del perito economista Jorge Enrique Gálvez Velásquez, en el sentido de que todos los sucesos que IBICO describe son acaeceres propios de un constructor, los que forman parte del álea normal de su negocio. Así, el hallazgo de rocas en el lote o el traslado de redes eléctricas constituyen obstáculos normales cuya remoción no representó disminución considerable en las cuentas de la constructora. Sobre el particular son claros los testimonios de, Dacier Guerrero Escobar y Ernesto Salazar Caldas: los sucesos presentados como constitutivos de graves imprevistos son eventos normales en el desarrollo de un proyecto de construcción y suelen ser costeados en todos los presupuestos. Y las oscilaciones en el precio de venta, detalladas por la testigo Eliana María Mera Quimbaya, no pueden esgrimirse frente al partícipe inactivo como justificación de una revisión contractual, porque ambos, gestor y partícipe inactivo, conocían al contratar en cuál negocio se estaban asociando.

Las demás pretensiones de la reconviniente apuntan a su manera de entender el monto y época de la participación en los beneficios, punto sobre el cual acogió como aplicable al presente caso lo que las partes acordaron para el proyecto contiguo “Torres de Camelot”.

En consecuencia el Tribunal acogerá parcialmente la pretensión declarativa principal identificada como PRIMERA; no despachará la SEGUNDA, por la forma en que ha sido expresada; no despachará favorablemente la TERCERA; no despachará favorablemente la CUARTA, por cuanto es inexacto que IBICO intervino en el contrato con dos características diferentes; no acogerá las pretensiones principales QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA, NOVENA, DÉCIMA, DÉCIMA PRIMERA y DÉCIMA TERCERA. El Tribunal acogerá la pretensión principal DÉCIMA SEGUNDA. No despachará favorablemente la pretensión subsidiaria PRIMERA; y no despachará favorablemente la pretensión subsidiaria SEGUNDA.

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO

LIQUIDACIÓN DE COSTAS

16.1. Costas:

Honorarios árbitro:	\$ 29.528.724
IVA honorarios árbitro:	\$ 4.724.596
Honorarios secretaria:	\$ 14.764.362
IVA honorarios secretaria:	\$ 2.362.298
Gastos de administración (Cámara de Comercio):	\$ 14.764.362
IVA gastos de administración (Cámara de Comercio):	\$ 2.214.618
Gastos de Funcionamiento	\$ 10.000.000

SUBTOTAL 1: \$ 78.358.960

Gastos de peritación:

Peritazgo del Dr. Jorge Enrique Gálvez V.	\$ 12.000.000
Peritazgo de la Dra. Myriam Caicedo R.	\$ 8.500.000

SUBTOTAL 2: \$ 20.500.000

TOTAL COSTAS (SUBTOTAL 1 + SUBTOTAL 2) \$ 98.858.960

3. Agencias en derecho: \$ 15.000.000

TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO: \$ 113.858.960

CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO

LAUDO ARBITRAL

Reunidos los presupuestos procesales, este Tribunal de Arbitramento procede a dictar el Laudo correspondiente. No hay causales de nulidad.

El Tribunal de Arbitramento, en mérito a lo expuesto anteriormente y teniendo en cuenta todo lo analizado en materia de derecho sustantivo, procesal y probatorio, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO. Declárase que entre la sociedad SALAZAR CALDAS & CIA. S.C.A. y la sociedad ILLIMANI'S BUILDING CONSTRUCTOR S.A., IBICO S.A. se celebró el Contrato de Asociación y Cuentas en Participación de fecha 12 de Mayo de 2006, para desarrollar el proyecto de construcción denominado “Mirador de Avalon”, contrato que se extiende en su vigencia hasta el 12 de Mayo de 2011 o hasta que se desarrolle completamente el proyecto de construcción

SEGUNDO. Decláranse probadas las pretensiones declarativas individualizadas como 1 a y 1 b por la parte convocante.

TERCERO. Declárase probada parcialmente la pretensión declarativa individualizada como 1 e por la parte convocante, en cuanto a la obligación a cargo de IBICO de rendir cuentas trimestralmente.

CUARTO. Declárase probada parcialmente la pretensión declarativa individualizada como 1 f por la parte convocante, en cuanto a que la liquidación final de cada etapa se hará después de firmar la escritura pública de compraventa correspondiente al último de los apartamentos de la torre respectiva.

QUINTO. Decláranse infundadas las pretensiones declarativas individualizadas como 1 c, 1 d, 1 g, 2, 3 y 4 por la parte convocante.

SEXTO. Decláranse infundadas las pretensiones de condena identificadas como 1, 2, 3 y 4 por la parte convocante.

SÉPTIMO. Condénase a IBICO, parte convocada y reconviniente, a reembolsar a SALAZAR CALDAS, parte convocante y reconvinida, la suma de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$6.885.154) MONEDA CORRIENTE, por concepto de derechos notariales, impuesto de anotación y registro y derechos de registro correspondientes a las Escrituras Públicas No. 3629 y 3630 de fecha 13 de septiembre de 2007, no suscritas por IBICO. El pago se hará dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente Laudo e incluirá intereses moratorios a la tasa más alta permitida, liquidados desde el 13 de Septiembre de 2007 hasta la fecha del presente Laudo arbitral.

OCTAVO. Declárase probada parcialmente la pretensión de condena identificada como 6, formulada por la convocante, sólo en cuanto tiene relación con la pretensión de condena identificada como 5.

NOVENO. Declárase probada parcialmente la pretensión principal PRIMERA formulada por la convocada reconviniente, entendiéndola como la solicitud de que se aclaren los términos del contrato de Asociación o Cuentas en Participación. Pero no se despacha favorablemente en cuanto da a entender que IBICO contrató en dos calidades diferentes, como socio aportante de capital y como socio de riesgo y constructor.

DÉCIMO. Decláranse infundadas las pretensiones principales identificadas por la parte convocada y reconviniente como SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA, NOVENA, DÉCIMA, DÉCIMA PRIMERA y DÉCIMA TERCERA.

UNDÉCIMO. Declárase probada la pretensión principal DÉCIMA SEGUNDA formulada por la convocada reconviniente.

DUODÉCIMO. Decláranse infundadas las pretensiones subsidiarias PRIMERA y SEGUNDA, formuladas por la convocada reconviniente.

DÉCIMO TERCERO. Ordénase, por vía de interpretación, tener por no escrita en la cláusula Segunda la frase “LA SOCIEDAD PARTÍCIPE no asumirá pérdidas en la operación desarrollada por LA SOCIEDAD GESTORA”.

DÉCIMO CUARTO. La cláusula Segunda quedará en consecuencia del siguiente tenor: “SEGUNDA.- OBJETO DEL CONTRATO: Por medio de este contrato LA SOCIEDAD GESTORA se obliga a desarrollar un Proyecto constructivo sobre el lote de terreno descrito en la cláusula primera bajo su cuenta y riesgo y con el aporte que hace LA SOCIEDAD PARTÍCIPE del 50% del activo descrito, con la obligación de rendir cuentas al finalizar cada etapa del Proyecto o trimestralmente o cuando se lo solicite LA SOCIEDAD PARTÍCIPE y distribuir el beneficio en el porcentaje señalado más adelante. La responsabilidad de la SOCIEDAD PARTÍCIPE no gestora, se limita al valor de su aportación, el lote de terreno descrito en el punto primero en donde cada uno invirtió en su compra el 50% del mismo y el valor de los gastos legales y de escrituración que se detallan en el punto 3 de este contrato”.

DÉCIMO QUINTO. Ordénase, por vía de interpretación, tener por no escrita la expresión “ventas brutas” que aparece al principio y al final de la cláusula Octava, literal a.

DÉCIMO SEXTO. La cláusula Octava, en su literal a, quedará del siguiente tenor: “a).-Si el proyecto se realiza, a LA SOCIEDAD PARTÍCIPE le corresponde un porcentaje del TRES POR CIENTO (3%) de las ventas totales del proyecto, deducidos los costos directos e indirectos constructivos, sin incluir financieros ni impuestos directos, más la inversión que hizo en la compra del lote de terreno que ascendió a OCHOCIENTOS CUARENTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA PESOS CON 50-100 (\$ 840.247.660.50) MONEDA LEGAL COLOMBIANA, más el valor del aporte de los Gastos Legales y de Escrituración del Lote D- 3 por valor de TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS

SIETE PESOS (\$ 32.197.807.00) MONEDA LEGAL COLOMBIANA, más el valor de la valorización del lote, la que las partes de común acuerdo estiman en la suma de MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTIÚN PESOS (\$ 1.680.495.321.00) MONEDA LEGAL COLOMBIANA correspondiéndole a la SOCIEDAD PARTÍCIPE el 50% de dicha cifra, es decir la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA PESOS CON 50-100 (\$ 840.247.660.50) MONEDA LEGAL COLOMBIANA. En consecuencia de las ventas totales, una vez deducidos los costos directos e indirectos constructivos, sin incluir financieros ni impuestos directos, la SOCIEDAD GESTORA le pagará a la SOCIEDAD PARTÍCIPE el TRES POR CIENTO (3 %) de las mismas y adicionalmente le restituirá la suma de MIL SETECIENTOS DOCE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CIENTO VEINTIOCHO PESOS (\$ 1.712.693.128.00) MONEDA LEGAL COLOMBIANA, sin indexación alguna, en cinco (5) partidas iguales, a restituir al finalizar cada una de las cinco (5) etapas del proyecto”.

DÉCIMO SÉPTIMO. Establézcase, por vía de interpretación, que la sociedad gestora deberá rendir cuentas a la partícipe inactiva al vencimiento de cada etapa, entendiéndose que ha sucedido este evento cuando se suscriba la escritura pública de venta correspondiente al último de los apartamentos de la torre respectiva.

DÉCIMO OCTAVO. Establézcase, por vía de interpretación, que la sociedad gestora deberá rendir cuentas a la partícipe inactiva al vencimiento de cada trimestre calendario, o sea, el 31 de Marzo, el 30 de Junio, el 30 de Septiembre y el 31 de Diciembre de cada uno de los años que faltan para culminar el proyecto “Mirador de Avalon”.

DÉCIMO NOVENO. Establézcase, por vía de interpretación, que la sociedad gestora deberá rendir cuentas a la partícipe inactiva cuando ésta lo solicite, siempre y cuando ya se encuentre actuando un contralor designado por SALAZAR CALDAS.

VIGÉSIMO. Establézcase, por vía de interpretación, que en los casos de rendición obligatoria de cuentas a que se refieren los puntos Décimo Séptimo y Décimo Octavo, la sociedad partícipe dispondrá de diez (10) días hábiles para aprobar o improbar las cuentas presentadas; si vencido el término señalado la sociedad partícipe no las objeta, las cuentas se entenderán aprobadas.

VIGÉSIMO PRIMERO. Establézcase, por vía de interpretación, que en el caso de rendición obligatoria de cuentas a que se contrae el punto Décimo Séptimo, el contratante que resulte con saldo a cargo deberá pagar la suma correspondiente al contratante acreedor en un término de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquél en que fueron aprobadas las cuentas, o que se entendieron aprobadas; vencido el término de pago sin que éste se hubiese producido, la obligación se revestirá de fuerza ejecutiva y generará intereses moratorios a la tasa más alta permitida, hasta su cancelación total y definitiva.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por la convocante y por la reconviniente, conforme se expresó en la parte motiva del presente Laudo arbitral.

VIGÉSIMO TERCERO. Por razón de la condena contenida en el punto Séptimo de la parte resolutive del presente Laudo, condénase en un cinco por ciento (5 %) de las costas a la convocada reconviniente IBICO, las cuales deberán ser pagadas a SALAZAR CALDAS dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado el presente Laudo.

VIGÉSIMO CUARTO. Se tasan las costas de que trata el punto anterior en la suma de \$ 4.942.948.

VIGÉSIMO QUINTO. Ordénase a la Secretaría del Tribunal la expedición y entrega de copia auténtica de este Laudo al apoderado judicial de cada una de las partes.

VIGÉSIMO SEXTO. Con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, expídase copia del presente Laudo.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Una vez en firme este Laudo, protocolícese el expediente en una notaría del círculo de Cali, por parte del Presidente del Tribunal.

VIGÉSIMO OCTAVO. Si la partida no es suficiente, las partes deberán completarla, tal como señala el parágrafo No. 2 del artículo 12 del Decreto 4089 de 2007.

VIGÉSIMO NOVENO. Rinda cuentas el Tribunal en la oportunidad correspondiente.

El presente Laudo queda notificado en audiencia.

JOSE FÉLIX ESCOBAR ESCOBAR
Presidente

LUZBIAN GUTIÉRREZ MARÍN
Secretaria