

Tribunal de Arbitraje
Fondo de Garantías de Instituciones Financieras
vs. Bancolombia S.A.

Laudo Arbitral

Octubre 21 de 2010

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010).

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros Gilberto Peña Castrillón, Presidente, Jorge Pinzón Sánchez y Eduardo Zuleta Jaramillo, con la Secretaría de Fernando Pabón Santander, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales, de carácter patrimonial, surgidas entre **FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS - FOGAFIN**, parte convocante (en lo sucesivo, FOGAFIN o la convocante) y, **BANCOLOMBIA S.A.**, antes BANCO DE COLOMBIA, parte convocada (en lo sucesivo, BANCOLOMBIA o la convocada).

El presente laudo se profiere en derecho, dentro de la oportunidad conferida por la ley y con el voto unánime de los árbitros integrantes del Tribunal.

CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES DE ESTE PROCESO ARBITRAL - SINOPSIS DE SU CONTENIDO Y DEL TRÁMITE

I. CONFORMACIÓN DEL ARBITRAJE Y DESARROLLO DEL TRÁMITE PRELIMINAR

1. El 18 de enero de 1994, FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS de una parte, y de la otra, BANCO DE COLOMBIA, BANCO DE COLOMBIA S.A. DE PANAMÁ, EAGLE NATIONAL BANK OF MIAMI, BANCO DE COLOMBIA LIMITED con sede en Gran Caimán, Almacén General de Depósito ALMACENAR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTÍAS Y PENSIONES DE COLOMBIA S.A. y SOCIEDAD FIDUCIARIA DE COLOMBIA FIDUCOLOMBIA S.A. celebraron el Contrato sobre Contingencias Pasivas contenido en la Escritura Pública N° 0182 de 18 de enero de 1994, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá (en lo sucesivo, el Contrato o el Contrato de Contingencias Pasivas), cuya copia obra en el expediente a folios 2 a 21 del Cuaderno de Pruebas N° 1.

2. En la CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA de dicho contrato, las partes acordaron un pacto arbitral, cuyo contenido es el siguiente:

“Cualquier diferencia que pueda presentarse entre las partes por causa o con ocasión de la interpretación o ejecución del presente Contrato, que no pueda resolverse por arreglo directo entre éstas y que legalmente pueda someterse a arbitramento, deberá ser dirimida por tres (3) árbitros nacionales colombianos, los cuales serán designados de común acuerdo por las partes dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que una de las partes solicite a la otra la integración del Tribunal. Si las partes no se ponen de acuerdo dentro de ese plazo, los árbitros serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá, conforme a las normas vigentes. Los árbitros fallarán en derecho, tendrán domicilio en Santafé de Bogotá y estarán sometidos a las leyes colombianas”.

3. Posteriormente, mediante documento de fecha 14 de diciembre de 2007, las partes acordaron complementar la cláusula compromisoria en los términos transcritos en el acápite VII de la demanda,

folios 31 y 32 del Cuaderno Principal 1, de donde se destaca que “El Tribunal funcionará de acuerdo con el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá” y que “su sede será el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá”.

4. El 10 de septiembre de 2008, con fundamento en la cláusula transcrita, la convocante mediante apoderado designado para el efecto, solicitó la convocatoria del tribunal de arbitraje pactado, con el objeto de que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente.

5. Las partes, en forma conjunta y de común acuerdo designaron los árbitros que integrarían el presente tribunal, a saber, los doctores Jorge Pinzón Sánchez, Gilberto Peña Castrillón y Eduardo Zuleta Jaramillo.

6. Mediante comunicaciones que obran en los autos, los árbitros aceptaron la designación que les fue hecha.

7. El 28 de octubre de 2008, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitraje en la que se designó como Presidente al doctor Gilberto Peña Castrillón y al doctor Fernando Pabón Santander como Secretario (Acta N° 1, folios 172 a 174 del Cuaderno Principal N° 1).

8. En la misma audiencia, el tribunal admitió la solicitud de convocatoria o demanda arbitral presentada por la parte convocante y dispuso dar traslado de la misma a la convocada.

9. El mismo 12 de noviembre de 2008, se notificó a la convocada el auto admisorio y con entrega de la demanda y de sus anexos se surtió el traslado por el término legal de diez (10) días hábiles.

10. El 12 de diciembre de 2008, la convocada contestó la solicitud de convocatoria o demanda arbitral.

11. El 23 de enero de 2009, se puso a disposición de la parte convocante, por el término legal de cinco (5) días y para los efectos del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, el escrito de contestación de demanda.

12. El 29 de enero de 2009, esto es dentro del término de traslado al que se refiere el punto anterior, la convocante presentó escrito atinente a las respectivas excepciones.

13. El 10 de febrero de 2009 tuvo lugar la audiencia de conciliación, diligencia que culminó sin que las partes llegaran a acuerdo conciliatorio alguno.

14. En la misma audiencia, el tribunal señaló el monto correspondiente a sus gastos y honorarios. Oportunamente, esto es, dentro del término previsto en el inciso primero del artículo 22 del decreto 2279 de 1989, las partes consignaron a órdenes del Árbitro Presidente, la totalidad de las sumas de dinero fijadas por concepto de honorarios de los Árbitros, Secretario, gastos de funcionamiento, protocolización y otros.

15. El 17 de marzo de 2009, tuvo lugar la primera audiencia de trámite, en la cual el tribunal decidió sobre su propia competencia y decretó las pruebas del proceso.

16. Mediante auto de 23 de abril de 2009, se decretó la inscripción del proceso respecto de todos los derechos o cuotas de interés social de los que fueran titulares, BANCOLOMBIA S.A. y la entidad FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. (antes FIDUCOLOMBIA S.A.) obrando como vocera del fideicomiso denominado TITULOS GRANCOLOMBIANO - BANCO DE COLOMBIA S.A., en las sociedades “Urbanización Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.” Por Secretaría se remitieron los respectivos oficios.

II. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.

A. Hechos en que se fundamenta la demanda.

Los hechos que invoca la convocante en su demanda se sintetizan a continuación:

1. Tanto la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público como FOGAFIN tomaron la decisión de enajenar las acciones y derechos que ambas tenían en el Banco de Colombia.
2. En cumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias, el Fondo y filiales del Banco de Colombia suscribieron el Contrato mediante Escritura Pública N° 0182 de 18 de enero de 1994 de la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá. En virtud del Contrato el Banco de Colombia adquirió como obligación principal la de transferir al Fondo la propiedad, el interés o los derechos que directa o indirectamente tuviera en las sociedades Chicó Oriental N° 2 y Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda. (en lo sucesivo, las Sociedades).
3. El 24 de enero de 1994 se verificó la venta en el martillo de 9 183 864 624 592 acciones que la Nación y el Fondo tenían en el Banco de Colombia.
4. En dicha venta, inversionistas privados que conforman el llamado 'Grupo Gilinski' adquirieron acciones del Banco de Colombia y se hicieron al control de dicha institución.
5. Posteriormente, en 1998, sociedades del llamado 'Grupo Empresarial Antioqueño' adquirieron acciones del Banco de Colombia.
6. Según la demanda, BANCOLOMBIA detentaba 9 370 cuotas sociales en la sociedad Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.
7. En varias oportunidades el Fondo le solicitó al Banco de Colombia, luego BANCOLOMBIA S.A. la ejecución del Contrato de Contingencias, sin que dicha institución haya dado cumplimiento a la obligación contraída en virtud del referido negocio jurídico.
8. En 1996, FOGAFIN instauró proceso ejecutivo contra BANCOLOMBIA con el objeto de que se le condenara a satisfacer las prestaciones a su cargo, contraídas en desarrollo del Contrato de Contingencias.
9. El mandamiento ejecutivo proferido en dicho trámite fue revocado por solicitud de BANCOLOMBIA, que invocó la existencia de pacto arbitral para proponer la falta de jurisdicción del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para conocer de tal disputa.
10. BANCOLOMBIA efectuó capitalizaciones en las sociedades, con lo cual incrementó el valor de las inversiones en las mismas y se cambió el porcentaje que representan dichas inversiones en el capital de las Sociedades.
11. Por otra parte, BANCOLOMBIA otorgó créditos a las Sociedades, con lo cual generó pasivos a cargo de ellas con la consiguiente afectación de la situación financiera y patrimonial de las mismas.
12. Señala la demanda que al menos desde el 19 de enero de 1996 BANCOLOMBIA se encuentra en mora de transferir los derechos y la participación que tiene en las Sociedades.
13. Dicho incumplimiento ha impedido que FOGAFIN haya accedido a obtener la propiedad de los derechos de participación societaria que el Banco ostenta en las sociedades.

B. Las pretensiones de la demanda de FOGAFIN

De conformidad con la demanda, la convocante solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas, que el tribunal transcribe textualmente para facilitar las referencias que hará en sus consideraciones:

“PRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que existe desde la fecha de su celebración e, igualmente, que ha producido efectos a más tardar desde el 31 de enero de 1994, en forma

continuada en el tiempo y sin interrupción de ninguna índole, el Contrato de Contingencias suscrito entre el FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS de una parte, y de la otra BANCOLOMBIA S.A., BANCO DE COLOMBIA S.A. DE PANAMÁ, EAGLE NATIONAL BANK OF MIAMI, BANCO DE COLOMBIA LIMITED con sede en Gran Caimán, Almacén General de Depósito ALMACENAR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTÍAS Y PENSIONES DE COLOMBIA S.A. y SOCIEDAD FIDUCIARIA DE COLOMBIA FIDUCOLOMBIA S.A.

SEGUNDA PRINCIPAL. Que se declare que, de conformidad con lo pactado en las cláusulas primera y decimoquinta del citado Contrato de Contingencias, BANCOLOMBIA S.A. está obligado a transferirle o cederle al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, dentro de varias posibilidades de ejecución alternativa, a elección del FONDO, la propiedad el interés, el beneficio neto, o los derechos que directamente o a través de otras personas o de patrimonios autónomos, o de cualquier otra forma, tiene el citado banco en la fecha de presentación de esta solicitud de convocatoria en las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”), o en las sociedades o patrimonios autónomos que llegaren a sustituirlas, salvedad hecha de los derechos de Inducom Ltda.

TERCERA PRINCIPAL. Que se declare que en desarrollo de lo estipulado en el Contrato de Contingencias a la institución bancaria demandada le es exigible, por ser cierta y absolutamente determinada en su individualidad jurídica, por lo menos desde el día 19 de enero de 1996 o desde la fecha que determine el H. Tribunal, la obligación de transferirle o cederle al FONDO (i) los señalados derechos o cuotas de participación en las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”) o, (ii) el precio que se obtenga por la venta de tales derechos en caso de que ejercite por parte de los demás socios de las citadas SOCIEDADES el derecho de preferencia que los estatutos consagren a favor de estos.

CUARTA PRINCIPAL: Que se declare que BANCOLOMBIA S.A. incumplió y está en mora de cumplir las obligaciones de que tratan las pretensiones declarativas segunda principal y tercera principal.

QUINTA PRINCIPAL. Que como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones declarativas precedentes se condene a BANCOLOMBIA S.A. a realizar, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de laudo, todos los actos jurídicos y materiales, legal y estatutariamente necesarios, para que (i) se perfeccione y tenga cumplida ejecución la transferencia o cesión a favor del FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS de los derechos o cuotas de participación societaria que tenga BANCOLOMBIA S.A. en la fecha de presentación de esta solicitud de convocatoria, directamente o a través de otras personas o patrimonios autónomos, o de cualquiera otra forma de efectos equivalentes, en las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”), o, de no ser posible, porque se ejercite por parte de los demás socios de las citadas SOCIEDADES el derecho de preferencia que los estatutos consagren a favor de estos, (ii) se pague por BANCOLOMBIA S.A. al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS el precio de los mencionados derechos o cuotas de participación societaria en las aludidas SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”).

QUINTA SUBSIDIARIA. En el evento de no prosperar la pretensión formulada como quinta principal, se declare que sí pereció, se frustró o por cualquier razón se hizo imposible la prestación debida, consistente en transferirle, por lo menos desde el 19 de enero de 1996 o desde la fecha que determine el H. Tribunal, o cederle por lo menos desde esa fecha o desde la fecha que determine el H. Tribunal, al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS los derechos o cuotas de participación que BANCOLOMBIA S.A. hubiere tenido, directamente o a través de otras personas o de patrimonios autónomos, o de cualquier otra forma en las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”),

ello le es imputable exclusivamente a BANCOLOMBIA S.A. en los términos de los artículos 1561 (inciso segundo), 1607 y 1648 del Código Civil, y que en consecuencia se condene a BANCOLOMBIA S.A. a pagar al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS el precio de los mencionados derechos o cuotas de participación.

SEXTA PRINCIPAL. Que como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones declarativas primera a cuarta principales se condene a BANCOLOMBIA S.A. a reconocerle y pagarle al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS todos los aumentos, frutos y beneficios que por lo menos desde el 19 de enero de 1996 o desde la fecha que determine el H. Tribunal hayan producido, o que debieron haber producido con medianos cuidados y actividad administrativa, los derechos o cuotas de participación societarias que BANCOLOMBIA S.A. haya tenido en las aludidas SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”), directamente o a través de otras personas o de patrimonios autónomos, o de cualquier otra forma además de los perjuicios moratorios causados, prestaciones éstas cuya entidad, extensión y cuantía habrán de fijar los árbitros contando con el concurso de peritos.

SÉPTIMA PRINCIPAL. Que se declare que BANCOLOMBIA S.A. está obligado para con el FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, de acuerdo con el Contrato de Contingencias, a ejercer los derechos derivados de la participación societaria que tenga directamente o a través de otras personas o patrimonios autónomos, o de cualquiera otra forma de efectos equivalentes en las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”), en los términos y condiciones que indique el FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS.

OCTAVA PRINCIPAL. Que se declare que BANCOLOMBIA S.A. incumplió y está en mora de satisfacer la obligación de que trata la pretensión precedente.

NOVENA PRINCIPAL. Que se condene a BANCOLOMBIA S.A. a reconocer y pagar al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS los perjuicios moratorios causados como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de que tratan las pretensiones sexta y séptima principales, prestaciones estas cuya entidad, extensión y cuantía habrán de fijar los árbitros contando con el concurso de peritos.

DÉCIMA PRINCIPAL. Que se declare que BANCOLOMBIA S.A., cualquiera que fuere la situación antijurídica a él atribuible que se tenga por configurada conforme a lo solicitado en las pretensiones que anteceden, es responsable civilmente de los perjuicios moratorios causados al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, derivados dichos perjuicios del retardo no justificado en que aquella institución bancaria se encuentra incurso al abstenerse de efectuar, cual era su obligación hacerlo a elección y conveniencia del acreedor al menos desde el día 19 de enero de 1996 o desde la fecha que determine el H. Tribunal, según los términos de la cláusula decimoquinta del Contrato de Contingencias, la transferencia o cesión de los derechos o cuotas de participación societaria en las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”).

DECIMOPRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que BANCOLOMBIA S.A., directamente o a través de otras personas o de patrimonios autónomos, o de cualquier otra forma, ha tenido y mantiene una participación mayoritaria en el capital social de las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”) y, por ende, ejerce el control sobre las mismas.

DECIMOSEGUNDA PRINCIPAL. Que se declare que la obligación de transferencia de los derechos que directamente o a través de otras personas o de patrimonios autónomos, o de cualquier otra forma posea BANCOLOMBIA en las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”), a cargo de BANCOLOMBIA S.A. y a favor del FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, conforme a lo pedido en la

pretensión quinta principal, debe cumplirse por BANCOLOMBIA S.A. de forma tal que las condiciones de tales derechos sean cuando menos las mismas o mejores que las existentes en la fecha en la que aludida transferencia se debió efectuar.

DÉCIMOSEGUNDA SUBSIDIARIA. Que se declare que, como consecuencia o por efecto del control que BANCOLOMBIA S.A. ha ejercido sobre las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”), se ha afectado negativamente la condición financiera y patrimonial de las mencionadas SOCIEDADES respecto de las que éstas exhibían en la fecha en que se debió haber realizado la transferencia de la propiedad de los derechos o cuotas de participación en dichas SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”) o en la que se debió transferir el precio de venta de las mismas, de acuerdo con lo solicitado en la pretensión tercera principal.

DECIMOTERCERA PRINCIPAL. Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión declarativa decimosegunda principal o decimosegunda subsidiaria se condene a BANCOLOMBIA S.A. a realizar, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria del laudo, todos los actos jurídicos y materiales, legal y estatutariamente necesarios, para que las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”) queden en una condición financiera igual o mejor a la que tenían en la fecha en que se debió transferir la propiedad de los derechos o cuotas de participación en las mencionadas SOCIEDADES, incluyendo dentro de tales actos los que sean necesarios para liberar a las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”) de la obligación de pagar los créditos otorgados BANCOLOMBIA S.A. a las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”), con posterioridad a la fecha en que se debió realizar la aludida transferencia y los actos que sean necesarios para liberar a las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”) de los pasivos ciertos o contingentes que se hayan causado con posterioridad a la aludida fecha, para cuyo efecto se tendrá en cuenta lo que al respecto se establezca por los árbitros contando con el concurso de peritos.

DECIMOTERCERA SUBSIDIARIA. Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión declarativa decimosegunda principal o decimosegunda subsidiaria se condene a BANCOLOMBIA S.A. a reconocer y pagar al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS las sumas de dinero a que equivalgan los valores correspondientes a la afectación negativa de la condición financiera y patrimonial que han experimentado las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda.” y “Chicó Oriental Número Dos Ltda.”), respecto de la condición financiera y patrimonial que dichas SOCIEDADES tenían en la fecha en que se debió haber realizado la transferencia de la propiedad de los derechos o cuotas de participación en dichas SOCIEDADES, valores estos cuya entidad, extensión y cuantía habrán de fijar los árbitros contando con el concurso de peritos.

DECIMOCUARTA PRINCIPAL. Que se condene a BANCOLOMBIA S.A. a reembolsarle al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS las expensas procesales, incluidas agencias en derecho, a que haya lugar por causa o con ocasión del presente proceso”.

C. La contestación de la demanda

El 12 de diciembre de 2008, la convocada contestó la demanda, se pronunció sobre los hechos de la misma, se opuso a todas las pretensiones y solicitó pruebas en abono de su posición.

III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

A. Pruebas

Mediante providencia de 17 de marzo de 2009, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales

se practicaron como se reseña a continuación.

1. El 5 mayo de 2009 rindieron testimonio Angélica Uribe Gaviria, Rafael Antonio García Posada, Santiago Vélez Penagos, Dina María Olmos Aponte y Carlos Arturo González Vega. En la misma actuación se aceptó el desistimiento del testimonio de Fernando Silva García.

2. El 6 de mayo de 2009, tuvieron lugar las declaraciones de parte del representante de BANCOLOMBIA, de la representante de FOGAFIN y se recibieron los testimonios de Edgar Eduardo Pinto Hernández y de Oscar Enrique Anzola García.

3. El 13 de mayo de 2009 tomó posesión del cargo de perito contable y financiero el representante de la firma SELFINVER BANCA DE INVERSIÓN LTDA. sociedad que fue designada por el Tribunal para elaborar el peritaje decretado y cuyo nombre fue propuesto por las partes, de común acuerdo.

4. Mediante providencia de 30 de octubre de 2009, se dio traslado a las partes del peritaje contable y financiero, por el término de tres (3) días.

5. El 17 de diciembre de 2009, el Tribunal adoptó las decisiones pertinentes respecto de las solicitudes de aclaraciones y complementaciones presentadas por las partes respecto del peritaje contable y financiero.

6. Mediante auto de 24 de febrero de 2010, el Tribunal dio traslado a las partes del escrito de aclaraciones y complementaciones al peritaje contable.

7. Por escrito de 26 de febrero de 2010, el apoderado de la convocante formuló objeción por error grave al peritaje contable y financiero. De dicho escrito se dio traslado a la convocada el 5 de marzo de 2010.

8. El 10 de marzo de 2010, la convocada se pronunció sobre la objeción al peritaje contable y financiero.

9. Por auto de 18 de marzo de 2010, se decretaron las pruebas solicitadas por la parte convocante con ocasión de la objeción al peritaje contable y financiero.

10. En cumplimiento de dicha decisión, el 20 de abril de 2010 se recibió la declaración de parte de la representante de la convocada, así como los testimonios de Juan Guillermo Serna Valencia, Dina María Olmos Aponte y María Elizabeth Guerra García. Por auto de la misma fecha, por solicitud de las partes, el tribunal dispuso prorrogar el término de duración del trámite arbitral por un lapso de seis (6) meses a partir del vencimiento del plazo inicial del proceso.

11. El 27 de abril de 2010, se recibió el testimonio de Claudia Marcela Estrada Montoya. En la misma fecha se señaló el monto de honorarios del perito SELFINVER BANCA DE INVERSIÓN LTDA. y el reembolso de sus gastos justificados.

12. Mediante providencia de 2 de junio de 2010 se aceptaron los desistimientos de las inspecciones judiciales con exhibición de documentos en las sociedades Urbanización Sierras del Chicó Ltda. y Chicó Oriental N° 2, así como la inspección judicial en FOGAFIN.

13. El 19 de julio de 2010, se dio traslado a las partes del Informe Técnico (artículo 243 del Código de Procedimiento Civil) rendido por la Superintendencia Financiera, a instancias de la convocante.

14. Se recibieron las respuestas a los oficios librados por el Tribunal, documentos que se incorporaron al expediente.

15. Mediante providencia de 23 de julio de 2010 se aceptó el desistimiento de la inspección judicial con intervención de peritos y exhibición de documentos en BANCOLOMBIA. En la misma fecha, teniendo en cuenta que todas las pruebas decretadas en el trámite arbitral se encontraban practicadas y que para esa fecha ninguna estaba pendiente de decreto o práctica, se declaró concluido el período

probatorio y se citó a las partes y al Representante del Ministerio Público a audiencia de alegaciones finales.

B. Alegaciones finales

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el tribunal, el 6 de agosto de 2010 se llevó a cabo audiencia en la que las partes presentaron sus alegaciones finales y entregaron los correspondientes resúmenes escritos que obran en los autos.

Por su parte, el señor Agente del Ministerio Público solicitó plazo especial para rendir su concepto final, plazo que fue concedido por el tribunal. De ese modo, el 5 de octubre de 2010, el Representante del Ministerio Público presentó dicho concepto el cual se agregó a los autos.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES

De lo expuesto en precedencia, resulta claro que la relación procesal se constituyó en regular forma y se corrobora que las partes que han concurrido a este proceso, son legalmente capaces, con facultad legal para transigir, estuvieron representadas en este trámite arbitral por abogados inscritos, amén que la demanda cumple con las exigencias legales, de suerte que los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad para ser parte y su debida representación, así como la demanda en forma, están satisfechos, lo que permite al tribunal proferir una decisión de fondo.

En este orden de ideas, resultando que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado en regular forma y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes consideraciones.

CAPÍTULO SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. LA OBJECCIÓN AL PERITAJE

Debe resolverse, en primer lugar, lo concerniente a la objeción por error grave presentada por FOGAFIN contra el peritaje rendido por Selfinver Banca de Inversión Limitada (en lo sucesivo, SELFINVER), objeción que dio lugar a un decreto y práctica adicional de pruebas y a que se postergara el pago de los honorarios de los auxiliares de la justicia.

A. La posición de FOGAFIN

La posición de la convocante obra en su escrito del 26 de febrero de 2010 (Cuaderno Principal N° 1, folios 331 a 336), que se sintetiza así:

(i) A los peritos se les solicitó verificar *“el valor que, en los libros de la institución bancaria convocada y a 31 de diciembre de 1993, tenían las participaciones sociales de las que directa o indirectamente, era titular o beneficiaria dicha institución en las sociedades de responsabilidad limitada denominadas Sierras del Chicó y Chicó Oriental N° 2”* (folio 332, ibídem).

(ii) Los peritos manifestaron que el valor que los derechos en cuestión tenían en los libros del entonces llamado Banco de Colombia a 31 de diciembre de 1993, *“no pudo ser verificado por cuanto no obstante nuestra reiterada solicitud, no tuvimos acceso a la contabilidad del Banco”* (afirmación de los peritos citada por la convocante en su objeción al peritaje, folio 332 ibídem; en igual sentido, p. 91 del peritaje).

(iii) A pesar de lo anterior, los peritos suministraron al tribunal el valor que esas cuotas sociales tenían a 31 de diciembre de 1993 en los libros de las sociedades Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental N° Dos Limitada, lo que dio una cifra de \$ 14.098.778.085, indicando la metodología para llegar a esa

verificación.

(iv) La convocante objeta la anterior valoración pericial por no corresponder a información contable cierta, *“tomada del balance ordinario anual del Banco de Colombia, correspondiente al ejercicio de 1993”*, que es el precio que debía verificarse, de manera congruente con las pretensiones de la demanda y con lo pedido y decretado al amparo de esta prueba, así como con lo previsto en la Cláusula Décimo Quinta, N° 15.4 (2) del Contrato de Contingencias Pasivas.

B. La posición de BANCOLOMBIA

Al descorrer el traslado de objeciones al peritaje por error grave, mediante escrito presentado el 10 de marzo de 2010, la convocada se opuso expresando, en esencia, que *“el perito no hizo estimación alguna en este punto ni llegó a una conclusión personal, fruto de su exclusivo raciocinio o juicio, limitándose a verificar las cifras que sobre las correspondientes preguntas formuladas por las partes aparecían en los libros de contabilidad de las sociedades Sierras del Chicó y Chicó Oriental N° 2, sin que, por otra parte, ninguna de las preguntas formuladas por las partes circunscribiera los interrogantes a ser respondidos de manera única con base a los libros de contabilidad del antiguo Banco de Colombia”* (Cuaderno Principal N° 1, folio 371).

C. La decisión del tribunal

El tribunal decretó y practicó las pruebas que consideró necesarias para la cabal ilustración del punto en controversia. El acervo probatorio recaudado en esta ocasión, valorado con el resto de pruebas arrimadas al plenario, llevan al tribunal a la convicción de que no debe prosperar la objeción descrita, y para fundar su conclusión son suficientes las siguientes consideraciones.

En primer lugar, observa el tribunal que la experticia no tenía por objeto establecer el precio de las cuotas o participaciones sociales de la convocada en las sociedades suficientemente identificadas en este laudo arbitral, en cualquier clase de libros de comercio, sino en los libros del Banco de Colombia, hoy Bancolombia S.A., interpretación que surge tanto de la intención de las partes y de sus respectivas conductas concluyentes, como de lo que ellas consignaron en forma palmaria en la Cláusula Décimo Quinta, N° 15.4 del Contrato. En el texto contractual citado se lee que *“Para todos los efectos relacionados con los derechos del BANCO en las sociedades Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada, se entiende por Beneficio Neto... (2) El valor que tales derechos tenían en los libros del BANCO a 31 de diciembre de 1993 con los ajustes por inflación legalmente obligatorios sobre tales derechos, que se hayan causado hasta el momento de la transferencia a favor del FONDO...”* (Destaca el tribunal).

En segundo lugar, los peritos se encontraron en una verdadera imposibilidad física y jurídica de conocer esos asientos contables por razones suficientemente explicadas al tribunal por los mismos peritos, por varios declarantes (Dina María Olmos, María Elizabeth Guerra y Marcela Estrada, por ejemplo) y en el informe técnico (art. 243 del C. de P. C.) rendido por la Superintendencia Financiera (Cuaderno de pruebas N° 4, folios 175 y ss.), circunstancia que no puede tener el alcance de un error, mucho menos de la categoría que exigen las normas probatorias para que pueda afectarse la suficiencia o credibilidad de la experticia.

Tampoco puede tener alcances de error grave que los peritos hubieran efectuado una verificación innecesaria —que no fue solicitada ni por las partes ni por el tribunal— como fue haber establecido el valor que esas participaciones societarias tenían en los libros de sociedades distintas del Banco de Colombia, hoy BANCOLOMBIA, precio que no puede ser considerado por el tribunal, puesto que no es el valor por el que indagaba la convocante, ni al que se refiere el texto contractual citado.

Aunque la objeción por error grave no está llamada a prosperar, las pruebas adicionales que se recaudaron para dilucidar la objeción suministran algunos indicios sobre el *“valor que tales derechos tenían en libros del BANCO a 31 de diciembre de 1993...”* (Cláusula 15.4 transcrita *supra*), asunto que

se pondrá en evidencia más adelante.

En mérito de lo expuesto, el tribunal declarará que no prospera la objeción por error grave al peritaje y ordenará pagar los honorarios de los auxiliares de la justicia.

II. LA CONTROVERSIA Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IMPLICADOS

La controversia que las partes han sometido a este tribunal es ajena a problemas relacionados con la inexistencia, ineficacia, nulidad, inoponibilidad o decaimiento del Contrato en el que se fundamenta. Con base en un negocio jurídico legítimo y vigente, el *“Contrato de Contingencias Pasivas”*, vertido en la Escritura Pública N° 0182 del 18 de enero de 1994, de la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Bogotá, la convocante imputa a la convocada el incumplimiento de la obligación de transferirle unas determinadas especies mercantiles de carácter societario, así como haber quebrantado una determinada obligación de no hacer vinculada con la administración de las sociedades SIERRAS DEL CHICÓ LIMITADA y CHICÓ ORIENTAL NÚMERO DOS LIMITADA.

No discrepan las partes respecto de la fuente de las obligaciones que se debaten, esto es, están conformes en que ellas son las precisadas en la demanda y contestación con fundamento en el texto contractual que acaba de citarse.

A. La posición de la convocante

Para la convocante es claro *“el nexo de reciprocidad, de correlatividad sinalagmática funcional... existente entre la asunción de la garantía de contingencias por parte de FOGAFIN y la contraprestación en cierta medida retributiva de dicho compromiso, a cargo de la institución bancaria garantizada”*, circunstancia que afirma fue admitida como cierta por el representante de la convocada en su declaración de parte (p. 7 del Alegato de conclusión y folios 166 y ss. del Cuaderno de pruebas N° 2). En este orden de ideas, las contraprestaciones de las partes serían las siguientes:

(i) *“El FONDO se obligó a pagar las sumas de dinero que llegaren a resultar adeudadas por el Banco de Colombia, o por una, varias o todas las sociedades filiales, como consecuencia directa de contingencias pasivas... que existieren al momento de celebrarse el contrato y originadas en hechos, actos u omisiones acontecidos con anterioridad a la fecha de la venta a terceros inversionistas de los valores pertenecientes a la NACIÓN y al FONDO en el Banco de Colombia, y que pudieran dar lugar a procesos... (o) como consecuencia de pasivos ocultos... y, en fin aquellas deudas que resultaren a cargo de las entidades en mención a título de costas y agencias en derecho”* (Alegato de conclusión, p. 8).

(ii) *“A su turno el Banco garantizado —hoy BANCOLOMBIA S.A.—, al tenor de las cláusulas 1ª y 15ª del Contrato y en concepto de contraprestación según ha quedado visto, contrajo la obligación positiva de transferir a favor de la entidad pública garante la propiedad, el interés, el beneficio neto o los derechos de cuota que directa o indirectamente, a través de otra persona o de patrimonios autónomos, tengan como titular o dueño en las sociedades de responsabilidad limitada Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada, o en otras sociedades que en el futuro llegaren a hacer sus veces...”* (p. 8, Alegato de conclusión).

Sostiene la convocante que a la vista de las diversas modalidades de cumplimiento pactadas por las partes respecto de la prestación en controversia, estaríamos en presencia de una obligación alternativa (artículo 1556 del Código Civil), jamás ante una supuesta opción (p. 14, Alegato de conclusión).

Afirma la convocante que el 14 de agosto de 1995 le indicó a la convocada el sentido de su elección frente a las modalidades de la obligación de transferencia de las cuotas sociales varias veces mencionadas (de Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada), indicación que reiteró el 16 de noviembre de ese mismo año, día en el que habría empezado a correr el término de sesenta (60) días calendario para ejecutar la cesión y que habría vencido el 19 de enero de 1996, fecha en la que se conformó la situación de incumplimiento por la que reclama y en la que habría constituido

en mora a la convocada.

En otra franja o categoría de incumplimientos, imputados igualmente al amparo del mismo Contrato, la convocante le reclama a la convocada por no haber podido ejercer los derechos que ese texto contractual le confería en algunos aspectos de la administración de las Sociedades (Cláusula Décimo Quinta, N° 15.6), sin importar que todavía FOGAFIN no tuviera la calidad de socio de Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada.

Finalmente, la convocante reclama unos determinados resarcimientos dinerarios, evidentes en las pretensiones de condena, consecuenciales de las declarativas de incumplimiento ya reseñadas.

B. La posición de la convocada

La convocada no discute la existencia y regularidad del Contrato y de las obligaciones por las que reclama la convocante y afirma que *“En el presente asunto lo que ha faltado es la voluntad de Fogafin para finiquitar el asunto. La demandada, por lo menos desde que surge a la vida jurídica Bancolombia (1998), ha estado y continua estando interesada en cumplir con el traspaso de las cuotas sociales, previo corte de cuentas entre las partes, como es apenas lógico, lo que hoy en día es más claro por las cuantiosas erogaciones que se han debido hacer en tantos años, para poder sostener la viabilidad jurídica y financiera de las sociedades Sierras del Chichó y Oriental N° 2 y conservar sus activos, con lo cual no ha querido siquiera concurrir el Fondo”* (Contestación de BANCOLOMBIA al Hecho 22 de la demanda arbitral).

Afirma la convocada *“que el Banco se comprometió a transferirle los derechos que poseía en las dos sociedades al Fondo, contra el pago de un precio y la asunción de unos riesgos”* (Alegato de conclusión, p. 9), y que *“De manera innecesaria se puso... como motivo del traspaso de los derechos en las sociedades el subterfugio de la garantía para responder por las contingencias, cuando habría bastado como contraprestación el precio de que se habla en la cláusula 15 del contrato, o mejor aún, haber excluido de la privatización tales derechos”,* y para este último aserto se apoya en la declaración del doctor Juan Guillermo Serna Valencia, quien fuera Director de FOGAFIN (ibídem, p.14).

Sostiene también BANCOLOMBIA no encontrarse en mora de cumplir la obligación de transferencia por la que le reclama la convocante, posición de defensa que sustenta en su Alegato de conclusión **(i)**, dándole a la cláusula 15.1 del Contrato de Contingencias Pasivas los alcances de una **opción** que, sostiene, sería ineficaz en los términos del artículo 23 de la Ley 51 de 1918 y **(ii)**, porque *“al Banco ni siquiera se le hizo la reconvencción judicial de que trata el art. 1618 del Código Civil... necesari(a) para constituirlo en mora”* (Alegato de conclusión, ps. 16 y 17).

Sobre el *“valor en libros”* de las participaciones sociales cuya transferencia reclama la convocante, afirma que *“es un punto ciertamente básico en el proceso”* (ibídem, p. 20), que los peritos no incurrieron en el error grave que le imputa la convocante y que el material probatorio ofrece elementos suficientes para cuantificarlo, y con fundamento en las verificaciones periciales que obran en el plenario presenta al tribunal una liquidación de ese *“valor en libros”*, según lo previsto en la Cláusula 15.4 (2) del Contrato de Contingencias Pasivas varias veces citado.

Sin embargo, sostiene la convocada, aunque *“ha estado y continua estando interesada en cumplir con el traspaso de las cuotas sociales”* exige un *“previo corte de cuentas entre las partes”* respecto de *“las cuantiosas erogaciones”* que ha tenido que hacer el banco *“en tantos años, para poder sostener la viabilidad jurídica y financiera de las sociedades Sierras de Chicó y Oriental N° 2 y conservar sus activos”*, esfuerzo y estrategia en los que FOGAFIN *“no ha querido siquiera concurrir...”* (Contestación al Hecho N° 22 de la demanda).

III. EL ENTENDIMIENTO DE LAS PRETENSIONES

La cabal comprensión de las pretensiones de la demanda solo es posible si se las lee sobre el mapa de lo que las partes previeron en las Cláusulas Primera y Décimo Quinta del Contrato, y advertida la

complejidad de lo que se solicita, especialmente en las declaraciones consecuenciales de condena, conviene hacer una sinopsis de los principios básicos de lo previsto en aquel Contrato, con consecuencias en lo que ahora interesa, las pretensiones.

Sea lo primero consignar que el tribunal no podría ordenar, como condena pura y simple, que la convocada transfiera a la convocante unas determinadas cuotas de las sociedades URBANIZACIÓN LAS SIERRAS DEL CHICÓ LIMITADA y CHICÓ ORIENTAL NÚMERO DOS LIMITADA, a cambio de lo cual se previó en el contrato que la convocante pague un determinado precio por ellas, porque el laudo que se profiera no puede desconocer derechos de terceros, en este caso de quienes están habilitados para ejercer un determinado derecho de preferencia en el evento de que BANCOLOMBIA o cualquier otro socio decida ceder su participación en el capital de esas sociedades. Por esto, las partes previeron en el Contrato de Contingencias Pasivas diversas posibilidades acordes con las modalidades que pudiera revestir la obligación de transferencia tantas veces mencionada.

Lo que antecede predispone que las decisiones que tome el tribunal, si bien deben apegarse al *petitum* de la demanda, no pueden desconocer derechos de terceros consagrados en nuestro derecho societario, que fueron tomados en cuenta en la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Contingencias Pasivas cuando, de manera expresa, se consignó que el “*Beneficio Neto*” que le correspondería en estos casos a FOGAFIN era la diferencia entre el valor de enajenación de esos derechos sociales y un determinado valor en libros a una fecha precisa allí mismo indicada.

En estas circunstancias, entonces, cuando el Contrato de Contingencias Pasivas prevé (Cláusula 15.1) que “*Tal cesión podrá efectuarse... por el traspaso de los derechos sociales a EL FONDO*”, está haciendo referencia a una hipótesis final o residual una vez diligenciado —y sin éxito— el derecho de preferencia (art... C. de Co.).

Y como las partes acordaron que esa cesión puede efectuarse “*por la transferencia del precio de venta de los mismos (de las cuotas sociales), neto de los impuestos a que pueda dar lugar tal venta*”, esto deberá interpretarse en concordancia con lo que dispone la Cláusula 15.4 que se transcribe *in extenso* para mayor claridad:

“Para todos los efectos relacionados con los derechos del BANCO en las sociedades Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada, se entiende por ‘Beneficio Neto’ la diferencia entre (1) las sumas de dinero, una vez descontados los impuestos a que pueda haber lugar, que obtenga EL BANCO por la enajenación de los derechos sociales en tales sociedades o en virtud de la titularidad de los mismos, y (2) el valor que tales derechos tenían en libros del BANCO a 31 de diciembre de 1993 con los ajustes por inflación legalmente obligatorios sobre tales derechos, que se hayan causado hasta el momento de la transferencia de los mismos a favor del FONDO según lo previsto en el numeral 15.1, o hasta el momento de la constitución de la fiducia a que se refiere el numeral 15.2, según el caso. El valor en libros de tales derechos no comprenderá concepto alguno por valorización. La propiedad del ‘Beneficio Neto’ corresponderá en su integridad al FONDO”.

Tomando en cuenta las consideraciones anteriores, las pretensiones que debe estudiar el tribunal comprenden las siguientes especies o grupos:

1. Un primer grupo de pretensiones está encaminado a que se declare que el Contrato de Contingencias Pasivas existe (PRIMERA PRINCIPAL), que dentro de varias posibilidades alternativas de ejecución o cumplimiento (SEGUNDA PRINCIPAL), FOGAFIN eligió y por lo tanto exige (i) la transferencia de los derechos o cuotas de participación en las sociedades referidas, o (ii) el precio que se obtenga por la venta de tales derechos en caso de que se ejercite el derecho de preferencia por los demás socios de las citadas sociedades (TERCERA PRINCIPAL), obligación que considera debe declararse incumplida (CUARTA PRINCIPAL).

Las consecuencias de una estimación favorable de las anteriores pretensiones son (i) que el tribunal

ordene la transferencia solicitada o (ii) que *“se pague por BANCOLOMBIA S.A. al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS el precio de los mencionados derechos...”* (QUINTA PRINCIPAL).

Los perjuicios moratorios vinculados con el incumplimiento de las obligaciones implicadas en las pretensiones anteriores se solicitan, de manera específica, en la pretensión DÉCIMA PRINCIPAL. En forma adicional, esto es, como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones declarativas PRIMERA a CUARTA PRINCIPALES, también solicita FOGAFIN el pago de *“todos los aumentos, frutos y beneficios... que debieron haber producido... los derechos de cuota o participación societarias”* (SEXTA PRINCIPAL), sin perjuicio de los perjuicios moratorios, de estos accesorios, que se reclaman en la pretensión NOVENA PRINCIPAL.

2. Un segundo grupo de pretensiones guarda relación con un determinado pacto de administración, que involucra obligaciones de no hacer, visible a Cláusula Décimo Quinta, N° 15.6 del Contrato de Contingencias Pasivas, en donde las partes acordaron que *“Mientras EL BANCO conserve la titularidad de los derechos, se obliga a ejercerlos en los términos y condiciones que indique EL FONDO”* (SÉPTIMA PRINCIPAL), obligación que se solicita declarar incumplida (OCTAVA PRINCIPAL) y condenar a BANCOLOMBIA al pago de los perjuicios moratorios causados (NOVENA PRINCIPAL), tanto por el incumplimiento de esta obligación, como por el incumplimiento en el pago de *“todos los aumentos, frutos y beneficios”* (frutos civiles) de que trata la pretensión SEXTA PRINCIPAL.

3. En un tercer grupo de pretensiones FOGAFIN sienta como premisa que BANCOLOMBIA *“ha tenido y mantiene una participación mayoritaria en el capital social”* de las sociedades SIERRAS DEL CHICÓ LIMITADA y CHICÓ ORIENTAL NÚMERO DOS LIMITADA *“y, por ende, el control sobre las mismas”* (DÉCIMO PRIMERA PRINCIPAL), y que como consecuencia de ese control *“se ha afectado negativamente la condición financiera y patrimonial de las mencionadas SOCIEDADES respecto de las que estas exhibían en la fecha en que se debió haber realizado la transferencia de los derechos o cuotas de participación en dichas SOCIEDADES”* (DECIMOSEGUNDA SUBSIDIARIA), y por ello considera que las condiciones de los derechos que habría que transferir a FOGAFIN deben ser *“cuando menos las mismas o mejores que las existentes en la fecha en... que la... aludida transferencia se debió efectuar”* (DECIMOSEGUNDA PRINCIPAL).

Como consecuencia de la prosperidad de las declaraciones anteriores solicita FOGAFIN que BANCOLOMBIA coloque a las referidas sociedades *“en una condición financiera igual o mejor a la que tenían a la fecha en que se debió transferir la propiedad de los derechos o cuotas de participación en las mencionadas SOCIEDADES”* (DECIMOTERCERA PRINCIPAL), o a que se le reconozca a la convocante *“las sumas de dinero a que equivalgan los valores correspondientes a la afectación negativa de la condición financiera y patrimonial que han experimentado las SOCIEDADES”* (DECIMOTERCERA SUBSIDIARIA).

Esta es la materia determinante de la completividad del laudo que se profiere, sin perjuicio de lo que haya que decidir en materia de costas.

IV. LO QUE HA QUEDADO PROBADO

El tribunal encuentra probados los siguientes hechos relevantes, esto es, con efectos directos en las pretensiones de la convocante y en las defensas de la convocada:

1. La existencia y vigencia del contrato. Tanto por las asunciones de las partes (confesiones) como por los elementos documentales que obran en el plenario, el tribunal encuentra probada la fuente de las obligaciones por las que reclama la convocante, aportada en documentos legítimos, fehacientes, que no han sido tachados por vicio alguno, por lo que puede concluirse que la primera parte de la pretensión PRIMERA PRINCIPAL está llamada a prosperar (Que existe el contrato). Como prueba documental N° 3 la convocante entregó *“Copia de la Escritura Pública N° 0182 del 18 de enero de 1994, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, contentiva del Contrato de Contingencias*

suscrito entre el FONDO de una parte, y de otra el Banco de Colombia S.A. y sus FILIALES” (p. 20. de la Demanda, folios 02 a 020 del Cuaderno de Pruebas N° 1).

En adición a lo que acaba de sentarse, observa el tribunal que el referido negocio jurídico no ha decaído, esto es, no ha perdido vigencia ni legitimidad y que conserva la plenitud de su fuerza normativa, todo lo anterior a voces de lo que preceptúa el artículo 1602 del Código Civil, sin que observe el tribunal excepción, defensa o reconvencción, en este sentido, de la que tuviera que ocuparse.

Existen, sin embargo, menciones de la convocante y de la convocada, ambas en sus respectivos alegatos de conclusión (ps. 3 y 16, respectivamente), que para el tribunal son un mero *obiter dicta*, relativo a la calificación que hiciera otro tribunal arbitral (Bogotá, 30 de marzo de 2006, Jaime Gilinski y otros vs. BANCOLOMBIA S.A.) al considerar el contrato que nos ocupa, como si fuera un contrato de opción o participara de su naturaleza, punto en el que no puede detenerse el tribunal, primero porque lo decidido en otra sentencia o laudo arbitral no tiene efectos más allá de la precisa relación jurídica en donde ello ocurrió y, además, porque tal inquietud no fue articulada en este arbitraje con la claridad y rigor que exige una excepción o una reconvencción.

Además, no existe prueba alguna de que la convocada hubiera pretextado la ineficacia o decaimiento de la obligación vertida en la Cláusula Decima Quinta, N° 15.1, a lo largo del tiempo transcurrido hasta la fecha de este laudo arbitral sino que, al contrario, nunca ha puesto en duda la obligación de transferencia que pesa sobre ella con base en esa fuente de obligaciones, y así lo ratificó tanto en la contestación de la Demanda (al contestar el Hecho N° 22, por ejemplo), como en su alegato de conclusiones.

Lo brevemente expuesto lleva a concluir que debe prosperar la pretensión PRIMERA PRINCIPAL en forma íntegra.

2. Las prestaciones por las que reclama la convocante están pendientes de cumplimiento. Quedó probado que la convocada no ha transferido a la convocante las participaciones sociales que tenía a 31 de diciembre de 1993 en las sociedades Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada bajo cualquiera de las modalidades alternativas de ejecución previstas, y que ella solicitó esa transferencia en varias ocasiones, hasta el punto de incoar proceso ejecutivo por obligación de hacer para lograrlo (Hechos N° 20, 22, 26 y 27), circunstancia que se encuentra admitida por la convocada, especialmente al contestar los últimos Hechos de la demanda relativos a las tratativas de las partes *“para explorar la posibilidad de un acuerdo directo”* (al Hecho N° 49), situación de pendencia o incumplimiento (la transferencia) que encuentra confirmación en varias declaraciones de terceros y en la misma declaración de parte de la convocada.

En conclusión, a la fecha de este laudo arbitral las cuotas de interés social por cuyo traspaso y titularidad reclama FOGAFIN, o cualquier otro subrogado de esa obligación, siguen en cabeza de BANCOLOMBIA S.A., parte convocada, o de sociedades con ella vinculadas.

3. Las capitalizaciones de ambas sociedades. La convocada le solicitó al perito *“Detallar las capitalizaciones que se han efectuado en las sociedades, indicando el monto, en qué fechas, el valor de cada cuota social en el momento de la suscripción y el titular actual de dichas cuotas”* (Pregunta N° 10.1), pregunta que encuentra una respuesta detallada en las ps. 83 a 89 del dictamen pericial, en las que puede observarse la evolución de la composición del capital social en ambas sociedades por razón de las capitalizaciones allí indicadas y, para lo que interesa a este arbitraje, lo que corresponde a la convocada y empresas vinculadas a ella.

En este punto el tribunal registra la **“Precisión sobre los derechos que reclama Fogafin respecto de las sociedades Sierras del Chicó Ltda. y Chicó Oriental N° 2 Ltda.”** presentada por la convocada en el N° 1 de su Alegato de conclusión (ps. 2 a 4), encaminada a advertir que las cuotas sociales que su representada hubiera adquirido como resultado de estas capitalizaciones *“nada tienen que ver con (el) contrato de contingencias ni con el presente proceso, pues esas nunca el Banco se comprometió a*

transferirlas a Fogafin” (p. 3 *ibidem*).

4. Créditos de la convocada a las sociedades Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada. Está fuera de toda duda —sin importar por ahora sus alcances o consecuencias— que la convocada otorgó importantes préstamos dinerarios a las sociedades Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada, cuyas cuantías, modalidades y servicio o atención están ampliamente informados en la experticia (ps. 69 a 82), sobre los que establecieron los peritos que *“están adecuadamente soportados y el destino de los recursos de acuerdo con la trazabilidad de las transacciones relacionadas con las operaciones crediticias, muestra que los recursos con los que las sociedades han atendido las obligaciones anteriores han provenido principalmente de los recursos de crédito obtenidos en Bancolombia”* (Dictamen, p. 69). A términos del mismo Dictamen pericial, las obligaciones que han atendido las Sociedades con esos créditos son impuestos, tasas y contribuciones, honorarios de abogados, gastos judiciales y gastos administrativos, tal y como la misma experticia lo informa en sus ps. 24 a 68. Igualmente ha quedado probado en la instrucción, que esos préstamos los obtuvieron las Sociedades sin intervención o participación alguna de la convocante.

El tema encuentra relevancia en las pretensiones declarativas y de condena Décimo Primera a Décimo Tercera, incluidas las Subsidiarias, encaminadas a precisar la situación en que la convocada tendría que poner a las sociedades frente a obligaciones con terceros de llegar a decretarse la transferencia deprecada, y a la situación en que deberían encontrarse los derechos objeto de esa misma transferencia.

5. Perturbación a un determinado derecho de injerencia. Las pretensiones principales SÉPTIMA, OCTAVA y NOVENA se fundan en un determinado derecho de injerencia de FOGAFIN en el gobierno de ambas sociedades (un acuerdo de administración) del que FOGAFIN no pudo hacer uso por causa de la actitud asumida por BANCOLOMBIA, a voces de lo que afirma la convocante en el Hecho N° 25 de la Demanda, al que responde la convocada que es cierto en parte, no para desvirtuar el meollo del cargo sino para matizar su propia actitud y afirmar que, finalmente, *“Fogafin nunca ha insistido en nombrar representantes en las juntas de las sociedades”* (Contestación al Hecho referido).

En esencia, se trata de unos determinados poderes de postulación e intromisión que las partes acordaron en favor de FOGAFIN, efectivos durante el tiempo que estuvieran en cabeza de BANCOLOMBIA sus participaciones societarias en Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada, facultades a las que se refiere la cláusula 15.6 de la tantas veces citada Escritura Pública N° 0182, que comienza así: *“Mientras EL BANCO conserve la titularidad de los derechos, se obliga a ejercerlos en los términos y condiciones que indique EL FONDO”*.

Sin importar la intensidad, o la decisión, con que la convocante hubiera intentado ejercer este derecho, lo cierto y probado es que la convocada no lo permitió y las razones que adujo para ello serán consideradas más adelante.

6. ¿Está en mora la convocada? ¿Desde cuándo? Estando probada la existencia de la obligación de la convocada de transferir a la convocante unas determinadas participaciones societarias (N° 1 y 2 anteriores), así como la obligación de honrar el derecho de injerencia o intromisión de FOGAFIN en la administración de Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada al amparo de la legitimación que tenía y sigue teniendo la convocada (N° 5 anterior), sostiene FOGAFIN en su demanda que desde finales de 1995 y principios de 1996 (Hechos N° 20 a 27 y Alegato de conclusión, p. 13) solicitó en forma directa a la convocada la transferencia de las cuotas de interés social ya mencionadas, solicitud que a voces de lo que sostiene BANCOLOMBIA en su alegato de conclusión no puede tener el alcance de un requerimiento para constituirla en mora (p. 17 y siguientes), mientras que la convocante sostiene que, estando clara la obligación de efectuar la transferencia por la que reclama y no habiendo sido efectuada, la convocada está en mora de hacerlo desde el 19 de enero de 1996 (raciocinios en los Hechos 20 y 21 y reiteración en las ps. 13 y 14 del Alegato de conclusión).

La convocada, por su parte, no niega las intimaciones de cumplimiento de la convocante (contestación

a los Hechos 20 a 27) y sostiene que, habiendo estado dispuesta a ello, también le advirtió a la convocante que era necesario *“concretar los términos y condiciones particulares en que deberá efectuarse dicha negociación”* (contestación al Hecho N° 20), circunstancias que se consignan de manera explícita en la contestación al Hecho N° 22, en concreto, *“un previo corte de cuentas entre las partes”* para tomar en consideración *“las cuantiosas erogaciones que se han debido hacer en tantos años, para poder sostener la viabilidad jurídica y financiera de las sociedades Sierras del Chicó y Oriental N° 2 y conservar sus activos, con lo cual no ha querido siquiera concurrir el Fondo”* (contestación al Hecho N° 22).

Un tratamiento especial deberá dársele a la mora de la convocada respecto de otra obligación de naturaleza diferente, que guarda relación con el derecho de acceso en la administración que pactaron las partes en favor de FOGAFIN durante el tiempo en que estuviera pendiente la transferencia efectiva de las participaciones societarias tantas veces mencionadas o cualquier otro subrogado de esa misma obligación, en donde, si bien existía en cabeza de FOGAFIN el derecho de acceso o injerencia en la administración, la convocada, por su parte, estaba obligada a una determinada abstención consistente en no ejercer sus prerrogativas societarias sino *“en los términos y condiciones que indique el FONDO”* (Contrato de Contingencias Pasivas, N° 15.6).

Los anteriores son los presupuestos probados con los que el tribunal despachará lo que corresponda respecto de la mora en que habría incurrido la convocada.

V. CONSIDERACIÓN BÁSICA E INICIAL DEL TRIBUNAL

El tribunal tomará como consideración básica de sus calificaciones el hecho incuestionable de que *“La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”* (art. 98 del C. de Co.), premisa que le permitirá, en primer lugar, calificar los alcances de un grupo determinado de créditos otorgados a las sociedades por los que la convocada reitera en su alegato de conclusión la expectativa de reembolso por parte de la convocante, so pena de que se configure un enriquecimiento sin causa (ps. 44 a 46). Para ello afirma que los créditos se desembolsaron y se utilizaron en operaciones de las sociedades (pago de obligaciones fiscales y gastos necesarios, especialmente de procuración jurídica).

Lo anterior impone una primera conclusión del tribunal en el sentido de considerar impertinente, por la razón legal ya sentada, que un socio pretenda que otro socio o un tercero, que sería el caso *sub examine*, de manera personal resulte obligado a asumir total o parcialmente deudas de la sociedad, y en favor del socio que habría desembolsado el préstamo. Si bien un pacto de esa naturaleza pudo haber tenido consideración en sede conciliatoria —como lo ha invocado BANCOLOMBIA— ello no es de recibo en un laudo que debe proferirse en derecho, al amparo del Contrato de Contingencias Pasivas que es distinto de los contratos bancarios correspondientes a los préstamos implicados. La conclusión que se impone es bien clara y sencilla: habrá que desestimar los argumentos encaminados a que se haga un *“corte de cuentas entre las partes”* tal y como se plantea al contestar los Hechos 22 y 24 de la Demanda, por ejemplo, por razón de los referidos créditos otorgados por la convocada a las sociedades Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada, que el tribunal ya sentó como hechos probados en este debate arbitral (*supra*, N° 4).

En consecuencia, el tribunal concluye que los créditos que desembolsó el Banco de Colombia o BANCOLOMBIA en favor de las Sociedades y que la convocada estima que deben ser objeto de consideración en las resultas económicas de esta controversia, no pueden ser tenidos en cuenta en este laudo arbitral en la forma planteada por BANCOLOMBIA, y las obligaciones correlativas a los mismos seguirán siendo lo que siempre han sido, esto es, obligaciones a cargo de personas jurídicas distintas de los socios individualmente considerados, en este caso de las sociedades Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada. Sin embargo, los efectos de esos préstamos en la situación patrimonial de las sociedades mencionadas se deberán tener en cuenta, bien en lo que puedan impactar el valor de las participaciones sociales objeto de la transferencia, o como elemento

indicativo y determinante de un perjuicio por el que se reclama al amparo de las pretensiones Décimo Primera a Décimo Tercera, Principales y Subsidiarias.

VI. EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONVOCADA

Como ya lo sentó el tribunal, no se discute en este arbitraje la existencia de las obligaciones que surgen para las partes de la Cláusula Decimoquinta de la Escritura Pública N° 182 del 18 de enero de 1994, de la Notaría Segunda de Bogotá, y si bien el tribunal declarará la prosperidad de la Pretensión Tercera Principal, más adelante se detendrá a precisar si esa obligación de *“transferirle o cederle al FONDO (i) los derechos o cuotas de participación en las sociedades o (ii) el precio que se obtenga por la venta de tales derechos en caso de que se ejercite por los demás socios el derecho de preferencia”* se hizo exigible *“por lo menos desde el 19 de enero de 1996”*, de conformidad con lo que se solicita en la Pretensión Tercera Principal.

Lo que está fuera de toda duda es que la pretendida obligación existe, no se ha extinguido por ningún medio legal, y no hay reconvencción o excepción de la convocada cuestionando su eficacia por lo que se impone la declaratoria de pendencia del cumplimiento de esa transferencia y, en concordancia con lo que se solicita en la siguiente pretensión (Cuarta Principal), determinar si efectivamente es del caso declarar el incumplimiento de la convocada y declarar que se encuentra en mora de cumplir.

No hay en el plenario prueba alguna de la justificación del tiempo transcurrido entre el momento en que surgió la obligación de transferir la propiedad de las cuotas sociales de las Sociedades y la fecha de la demanda arbitral, como tampoco tienen mérito alguno las conjeturas que se trajeron respecto de la supuesta influencia que habrían tenido algunos acuerdos con los empresarios vendedores de sus participaciones en el Banco de Colombia (señores Gilinski), para retardar o perturbar la transferencia pactada.

Siendo claro que no todo retardo o incumplimiento es *per se* censurable jurídicamente, es necesario que el tribunal analice si efectivamente la convocada entró en mora de cumplir y, aún pudiendo ello resultar probado, establecer si esa mora produjo un daño antijurídico que se encuentre probado y tasado, imputable a la convocada.

A. La posición de la convocante respecto de la mora

Sostiene FOGAFIN que BANCOLOMBIA *“al menos desde el 19 de enero de 1996 se encuentra en mora de atender su obligación de transferencia”* (Hecho N° 32), y la manera como habría constituido en mora a la convocada está descrita en los Hechos N° 20 y 21, así: (i) mediante el envío de una comunicación con fecha 14 de agosto de 1995 (Documento N° 21 agregado a la Demanda, folio 206 del Cuaderno de pruebas N° 1) en la que *“indicó a BANCOLOMBIA la forma como pretendía la ejecución del Contrato de Contingencias: mediante la cesión de los derechos sociales que BANCOLOMBIA detentaba...en las SOCIEDADES...”* (Hecho N° 20); (ii) que ante la falta de respuesta de la convocada reiteró esa solicitud el 16 de noviembre de 1995 *“y lo requirió para que, a más tardar el 20 de noviembre de 1995, iniciara el trámite de cesión de las cuotas de interés social”* suficientemente identificadas en este laudo arbitral; (iii) que en la misiva anterior *“se exigió a BANCOLOMBIA desplegar toda la actividad necesaria para que los negocios jurídicos se perfeccionaran en un plazo no mayor a sesenta (60) días corrientes contados a partir del 20 de noviembre de 1995, es decir el 19 de enero de 1996”* (Hecho N° 21).

B. La posición de la convocada respecto de la mora

Al contestar los Hechos N° 20 y 21 no hay una referencia concreta a la mora que invoca la convocante. La contestación de BANCOLOMBIA apela a la incertidumbre que existía sobre la destinación de los inmuebles constitutivos del patrimonio único de las sociedades SIERRAS DEL CHICÓ LIMITADA y CHICÓ ORIENTAL NÚMERO DOS LIMITADA, y manifiesta, inclusive, con base en una respuesta de FOGAFIN a un requerimiento de información de la Superintendencia Bancaria, que *“no había tanto*

interés por parte del Fondo para una cesión pronta de las cuotas sociales y al parecer estaba inclusive dudando de su conveniencia” (último párrafo de la contestación al Hecho N° 20).

Más clara y enfática resulta su posición en el Alegato de conclusión, en el que *“la supuesta mora de Bancolombia”* constituye el capítulo N° 3 de esa pieza (ps. 15 a 20). El argumento básico es *“que al Banco ni siquiera se le hizo la reconvención judicial de que trata el art. 1608 del Código Civil, lo cual como mínimo era necesario para constituirlo en mora”*, aserto que apoya en jurisprudencia y doctrina, y fundándose en el inciso 2° del artículo 90 del C. de P.C. afirma que si de mora se trata, *“ello solo diría relación con el actual proceso, pues Fogafin solo hasta ahora utilizó la vía correcta para reclamar el traspaso de los derechos en las Sierras”* (p. 18 *ibídem*), mediante la demanda que ha dado lugar a este proceso arbitral, incoada el 10 de septiembre de 2008, y solicita que el tribunal *“recha(ce) todas las pretensiones indemnizatorias que se fundamenten en la mora del deudor”* (p. 20 *ibídem*).

C. La conclusión del tribunal

En primer lugar, el tribunal reitera que no estamos en presencia de una opción o contrato de opción en los términos del artículo 23 de la Ley 51 de 1918, y que esa reflexión constituye un *obiter dicta* traída sin necesidad alguna de otro proceso arbitral. En este orden de ideas, la ineficacia que se creyó ver en los subrogados de cumplimiento de la transferencia de las susodichas cuotas sociales, vendría deprecada de un contrato inexistente a juicio de ese tribunal, siendo suficiente remitirse a lo que ya se sentó en este mismo laudo.

Por otra parte, el tribunal conoce de manera suficiente las críticas que soporta nuestro sistema de constitución en mora reglado en el artículo 1608 del Código Civil pero, igualmente, tiene que proceder bajo el entendimiento de que se trata de un texto que mantiene vigente su fuerza normativa, y a él habrá de estarse para resolver esta parte de la controversia, de tal manera que no puede atribuirle mérito suficiente a las gestiones de que dan cuenta los Hechos N° 20 y 21 de la demanda, para constituir en mora a la parte convocada, mientras que, al contrario, ese mérito se lo otorga a la Demanda que dio lugar a este proceso arbitral, incoada el 10 de septiembre de 2008. De lo expuesto se impone que la constitución en mora de la convocada solamente ocurrió en la fecha que acaba de indicarse (art. 90 del C. de P.C.), en lo que tiene relación con la obligación de transferencia de las cuotas sociales tantas veces mencionadas.

A pesar de lo anterior, también encuentra el tribunal que no está probado un daño efectivo derivado en forma directa de esa situación (la mora de transferir), y al no existir daño o no encontrarse este probado, hasta ahí habrá de llegarse, tal y como se deduce de la ley, de la jurisprudencia y de una doctrina completamente uniforme al respecto, sin perjuicio de lo que pueda significar esta u otra mora en las consideraciones resarcitorias derivadas de la situación patrimonial de las sociedades SIERRAS DEL CHICÓ LIMITADA y CHICÓ ORIENTAL NÚMERO DOS LIMITADA y en el valor de las participaciones que le corresponden a FOGAFIN, asunto que será resuelto en otra parte de este laudo.

Con las precisiones que anteceden, y debiendo observarse los trámites societarios que correspondan, el tribunal declarará la prosperidad de las pretensiones principales SEGUNDA, TERCERA, CUARTA y QUINTA, sin que sea necesario considerar la pretensión QUINTA SUBSIDIARIA.

El tribunal rechazará las condenas que se solicitan respecto de perjuicios moratorios vinculados con esta obligación de transferir (DÉCIMA PRINCIPAL), así como respecto de “los aumentos, frutos y beneficios” que esas participaciones sociales “debieron haber producido” (SEXTA PRINCIPAL), y, obviamente, también rechazará la pretensión de perjuicios moratorios vinculada con estos pretendidos frutos civiles (NOVENA PRINCIPAL).

VII. EL INCUMPLIMIENTO DE UN ACUERDO DE ADMINISTRACIÓN

Es práctica conocida en el Derecho empresarial (fusiones y adquisiciones, por ejemplo) que la parte compradora o absorbente anticipe su intervención en la administración de la sociedad cuyo control

adquiere para, por una parte, hacer efectivos sus derechos como adquirentes o controladores y, por la otra, precaver el ejercicio indebido de administradores cuya remoción pende de órganos que es necesario convocar o de registros públicos que deben cumplirse, gestiones que naturalmente toman algún tiempo.

Algo de esta naturaleza debió ocurrir en el caso que nos ocupa, y es intrascendente, para el tribunal, cuáles hayan sido las razones. Sin embargo, estando articulada esta obligación en un contrato de más aliento, en el que están implicados cometidos estatales del sector financiero, así como la protección a sus usuarios, esa circunstancia podría constituir una explicación suficiente de las facultades que acordaron las partes, en favor de FOGAFIN.

A esto se refieren las pretensiones principales SÉPTIMA, OCTAVA y NOVENA —las dos primeras declarativas y la última de condena— las que, a su vez, encuentran base en lo previsto en la escritura pública N° 182 del 18 de enero de 1994 de la Notaría Segunda de Bogotá, en sus cláusulas 15.6, que reza:

“15.6. Mientras EL BANCO conserve la titularidad de los derechos se obliga a ejercerlos en los términos y condiciones que indique EL FONDO. Por consiguiente, será potestativo del FONDO: (1) nombrar a la persona o personas que EL BANCO deberá designar con el fin de ejercer tales derechos; (2) señalar las atribuciones de tales personas; y (3) autorizar los términos y condiciones de cualquier oferta o acto de disposición de los derechos sociales que EL BANCO posee en las sociedades antes indicadas, o las decisiones que deban proponerse o votarse en los órganos sociales de las sociedades antes indicadas. Los costos a que pueda dar lugar la gestión de las personas a que se refiere el número 1 de este numeral, serán asumidos por EL FONDO”.

En este punto el tribunal partirá de dos premisas que encuentra suficientemente probadas: (i) Que existió ese acuerdo, que es válido y está vigente; (ii) Que el plenario da cuenta de que la convocante quiso ejercer las facultades que le otorgaba ese acuerdo (Hechos probados, *supra* N° III. 5.) y la convocada frustró ese intento y se colocó en mora de cumplir. Para confirmar lo que acaba de sentarse valen las siguientes consideraciones.

A. Alcances y consecuencias de la obligación de no hacer

En la cláusula decimoquinta del Contrato de Contingencias Pasivas, se estipuló una obligación alternativa a cargo del Banco (C.C., art. 1556), cuya ejecución podía recaer en: los derechos sociales del Banco en las sociedades Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada; el precio de venta de los mismos; los derechos directos o indirectos del Banco en caso de disolución y liquidación de tales sociedades o de los patrimonios autónomos; el denominado *“beneficio neto”* resultante de restarle a las sumas de dinero obtenidas por el Banco en virtud de la enajenación de los derechos sociales o en virtud de la titularidad de los mismos, el valor que tales derechos tenía en los libros del Banco, excluyendo valorizaciones, a 31 de diciembre de 1993; y comprendía también *“cualquier otro medio que implicara el traspaso de la totalidad de los derechos del BANCO en tales sociedades”*.

La elección de la cosa que debía pagarse le correspondía a FOGAFIN como acreedor (C.C., art 1557-inc.2), pues este se reservó *“... el derecho de indicar el término, la modalidad y condiciones bajo las cuales debe efectuarse la cesión de los derechos, o de exigir al BANCO la constitución de la fiducia a que se refiere el numeral siguiente”*, fiducia esta que tenía por objeto la percepción y administración del *“beneficio neto”*. Está probado en el plenario que dicha elección fue hecha por el Fondo, y en función de la satisfacción de ese derecho se han planteado las pretensiones de la convocante.

También se estipuló que la obligación de cesión en cuestión, al igual que el acto mismo de cesión eran *“... irrevocables y producirán sus efectos cualquiera sea la relación entre la suma que corresponda al BANCO conforme al numeral 15.3 —esto es, en caso de traspaso de los derechos sociales— y el monto de las Contingencias que corresponda pagar a El FONDO conforme al presente contrato”*, regla

que, en el contexto de un contrato aleatorio (C.C., art. 1498) como el que las partes celebraron, hace resaltar la importancia de la referencia contractual al valor en los libros del Banco de las cuotas sociales en una determinada fecha, que fue el 31 de diciembre de 1993, día de cierre del ejercicio social inmediatamente anterior al Contrato, que fue celebrado el 14 de enero de 1994.

En función de esa aleatoriedad y de la consideración del valor de las cuotas en una fecha dada, se aprecia también la trascendencia de la obligación que la convocada contrajo en el numeral 15.6. de la cláusula décima quinta, en virtud de la cual *“Mientras el BANCO conserva la titularidad de los derechos, se obliga a ejercerlos en los términos y condiciones que indique el FONDO”*, es decir, se obligaba a concederle a FOGAFIN un amplísimo derecho de injerencia, comoquiera que este, sin distinción ni limitación, recaía sobre la forma de ejercer sus derechos de socio, facultad para la cual FOGAFIN podía, si quería, nombrar personas encargadas de ejercer dichos derechos sociales, así como *“(3) autorizar los términos y condiciones de cualquier oferta o acto de disposición de los derechos sociales que el BANCO posee en las sociedades antes indicadas, o las decisiones que deban proponerse o votarse en los órganos sociales de las sociedades antes indicadas”*.

Finalmente, por tratarse de cuotas sociales en dos sociedades de responsabilidad limitada, se estipuló que *“15.7. Lo previsto en esta cláusula décimo quinta se entiende sin perjuicio de lo que estatutariamente rija en las sociedades Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada”*.

B. El incumplimiento de BANCOLOMBIA

Está probado que BANCOLOMBIA incumplió este acuerdo de administración cuando ejerció sus derechos sociales sin tener en cuenta el amplio grado de injerencia que le había concedido a FOGAFIN, y que tampoco ha cumplido con la obligación de transferencia a su cargo.

Prerrogativas como el derecho de injerencia concedido por BANCOLOMBIA a FOGAFIN, son usuales y razonables en operaciones relacionadas con transferencias referentes a participaciones sociales cuando ha de transcurrir un tiempo entre la fecha del acuerdo de transferencia y la de entrega de la participación societaria, comoquiera que, en primer lugar, la actividad empresarial no se paraliza por el hecho de que un socio celebre contratos que lo comprometan de una u otra forma a enajenar participaciones sociales, y, en segundo lugar, mientras dicha enajenación se perfecciona, el socio conserva los poderes que se derivan de esa posición jurídica. En esos acuerdos, sin embargo, los vendedores se obligan a no ejecutar determinadas conductas y a no realizar determinados negocios que puedan afectar el precio convenido, sin el consentimiento de los compradores. Se trata de obligaciones de no hacer que contraen los vendedores para preservar el precio pactado.

En el caso que ocupa a este Tribunal, si bien el tenor literal del numeral 15.6 de la Cláusula Décimo Quinta puede sugerir otra cosa, su esencia es la de una obligación de no hacer. Mientras BANCOLOMBIA conserve la titularidad de los derechos, debe abstenerse de ejercerlos sin recibir las correspondientes instrucciones de FOGAFIN.

El incumplimiento imputable a BANCOLOMBIA no fue desvirtuado ni atenuado. En tal sentido, no podía excusarse en que FOGAFIN no insistió en hacer valer su derecho, pues ello no implicaba renunciar al mismo, ni extinción de la obligación correlativa; ni, mucho menos, podía invocarse una pérdida de capacidad de maniobra de la convocada, derivada de haber esta suscrito un acuerdo, con quien fuera y cualquiera que fuera su contenido, con posterioridad a haberse obligado frente a FOGAFIN.

¿En qué consistió el incumplimiento y desde cuándo ocurrió? Si se examina el contenido de la obligación se advierte que la misma restringía a BANCOLOMBIA en un doble sentido, pues el derecho de injerencia de FOGAFIN le imponía, no solo el deber positivo de actuar según lo instruido por FOGAFIN, sino también, y primero, el deber negativo consistente en no ejercer sus derechos sin sujetarse a los términos y condiciones indicados por FOGAFIN. Al haber actuado sin tenerlo en cuenta, incurrió en un incumplimiento, y al haber contravenido una obligación de abstención quedó constituido

en mora a partir de la comisión de la conducta contraria a su obligación, según lo disponen las normas civiles sobre el particular (C.C., arts. 1608 y ss., 1615 especialmente).

Establecido ese incumplimiento, cabe preguntarse cuál es la implicación entre convocante y convocada, en el marco de su Contrato de Contingencias Pasivas, de la actividad desplegada por BANCOLOMBIA sin respetar el derecho de injerencia de FOGAFIN y, en particular, en atención a las capitalizaciones efectuadas por BANCOLOMBIA y a los préstamos que este le concedió a las sociedades emisoras de las cuotas sociales debidas, ejercicio en el que se deben observar las orientaciones del primer inciso del artículo 1612 del C.C. que preceptúa: *“Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho”*.

C. Las consecuencias del incumplimiento

El tribunal estima que para BANCOLOMBIA era previsible que capitalizar las sociedades y prestarles dinero tuviera efectos patrimoniales sobre ellas, dado que con ambas actuaciones se afectaban, respectivamente, el pasivo interno y el pasivo externo de las sociedades. Y ese efecto patrimonial, a su vez, en forma directa, e igualmente previsible, afectaba el valor patrimonial de las cuotas sociales debidas a FOGAFIN, correspondientes a un determinado porcentaje de participación en el capital social de las sociedades a 31 de diciembre de 1993.

Así las cosas, al adoptar las decisiones en cuestión y llevarlas a cabo incumpliendo el contrato de contingencias, BANCOLOMBIA tiene que asumir las consecuencias económicas de su conducta contraria a dicho contrato, independientemente de consideraciones o especulaciones —que tampoco son de recibo para justificar su actuar— referentes a si con ellas favoreció o no a la sociedad, o si las mismas razonablemente han debido ser adoptadas o no, o, incluso, si de haberle dado a FOGAFIN la oportunidad de ejercer su derecho de injerencia, este habría convenido o no en ellas, o si habría podido o no oponerse a ellas en forma justificada.

BANCOLOMBIA debía alternativamente la transferencia de varias cosas; y por estar pendiente la entrega, estaba obligado, de conformidad con lo dispuesto en el principio consagrado en el artículo 1605 del C.C., a conservar las cosas debidas hasta la entrega derivada de la elección de su acreedor, so pena de pagar los perjuicios a FOGAFIN, el cual no se ha constituido en mora de recibir. La asunción de esas consecuencias económicas implica para BANCOLOMBIA, en lo que tiene que ver en su relación con FOGAFIN, responderle a este por las variaciones que de sus decisiones se deriven en forma directa sobre el valor patrimonial de las cuotas de interés social.

A través de las conductas que irrespetaron el derecho de injerencia de FOGAFIN, BANCOLOMBIA produjo un efecto adverso en el valor patrimonial de las cuotas debidas (como consecuencia directa del incremento del pasivo externo) y en el porcentaje de participación en el capital que le correspondía a tales cuotas (como consecuencia directa de las capitalizaciones), efectos estos que no es posible deshacer, comoquiera que se consolidaron relaciones contractuales crediticias con las Sociedades y se pagaron pasivos con cargo a nuevas cuotas sociales. Por esa razón, la obligación de BANCOLOMBIA consistente en cumplir con la transferencia debida y en resarcir los perjuicios causados con su incumplimiento, en lo que tiene que ver con los perjuicios vinculados con el incumplimiento de la obligación de no hacer que acaba de estudiarse tendría que tomar en cuenta, de manera preponderante, el impacto patrimonial del pasivo externo derivado del endeudamiento de las Sociedades frente a BANCOLOMBIA resarcimiento que se concretará en otra parte de este laudo, más adelante.

En consecuencia, se impone declarar la prosperidad de las pretensiones SÉPTIMA PRINCIPAL, OCTAVA PRINCIPAL y NOVENA PRINCIPAL, esta última en lo que tiene que ver con los perjuicios impetrados en ellas, en concordancia con lo que se estimará al estudiar las pretensiones DÉCIMA a DÉCIMATERCERA, principales y subsidiarias.

VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LA CONVOCADA POR UN PRETENDIDO CONTROL SOCIETARIO

La pretensión DECIMOPRIMERA PRINCIPAL se refiere a este tema y constituye su mejor enunciado:

“Que se declare que BANCOLOMBIA S.A., directamente o a través de otras personas o de patrimonios autónomos, o de cualquiera otra forma, ha tenido y mantiene una participación mayoritaria en el capital social de las SOCIEDADES (“Urbanización Las Sierras del Chicó Limitada” y “Chicó Oriental Número Dos Limitada”) y, por ende, ejerce el control sobre las mismas”.

Prevalida de esa circunstancia, argumenta la convocante, la convocada causó unos determinados perjuicios cuyo resarcimiento se solicita al amparo de las correspondientes pretensiones consecuenciales.

A. Lo que pretende la convocante

En resumen, la convocante pretende que la transferencia de las cuotas sociales suficientemente identificadas en este laudo arbitral se haga *“de forma tal que las condiciones de tales derechos sean cuando menos las mismas o mejores que las existentes en la fecha en la que la aludida transferencia debió hacerse”* (pretensión DECIMOSEGUNDA PRINCIPAL), porque dado el control que BANCOLOMBIA *“ha tenido y mantiene”* (pretensión DECIMOPRIMERA PRINCIPAL) en Sierras del Chicó Limitada y en Chicó Oriental Número Dos Limitada, o simplemente en virtud del ejercicio de sus derechos sociales y, en forma directamente relacionada con dicho ejercicio, en virtud de su actividad crediticia frente a las sociedades *“se ha afectado negativamente la condición financiera y patrimonial de las SOCIEDADES, respecto de la que éstas exhibían en la fecha en que debió haber realizado la transferencia”* (pretensión DECIMOSEGUNDA SUBSIDIARIA), lo que expresado en otros términos significa que la convocada debería responder por el menor valor intrínseco que hoy tendrían las cuotas sociales objeto de la transferencia, por cuenta de los pasivos que han tenido que asumir las SOCIEDADES frente al BANCO DE COLOMBIA antes, ahora BANCOLOMBIA S.A., otorgante de los créditos de que ya se ha dado cuenta en este laudo y, de manera determinante, por su participación mayoritaria y la posición de control y dominio que habría ejercido sobre las mismas.

B. La posición de la convocada

No encuentra el Tribunal, ni en la contestación de la demanda ni en el alegato de conclusión, referencia a estas pretensiones de la convocante, y ello explica que no haya entrado en ninguna clase de ejercicios valorativos del probable resultado económico de la posición de FOGAFIN.

Por el contrario, su planteamiento, como ya lo ha reseñado el tribunal en otras partes del laudo, es igualmente extremo, en el sentido de aspirar a que la convocante asuma la alícuota que le pudiera corresponder en las cuantiosas erogaciones que ha tenido que hacer para mantener la viabilidad de estas sociedades, todo ello reflejado en los créditos de que da cuenta el dictamen pericial y que, como ya lo sentó el tribunal, serán considerados como lo que han sido siempre: obligaciones propias de las sociedades, esto es, de unas personas jurídicas distintas de los socios individualmente considerados, sin perjuicio de lo que hayan podido significar en la estructura patrimonial de las sociedades tantas veces mencionadas.

Como réplica a las aspiraciones de FOGAFIN vertidas en las pretensiones ya indicadas, puede citarse el párrafo con el que BANCOLOMBIA termina su alegato de cierre: *“En conclusión, si el H. Tribunal considera que Bancolombia debe transferir a Fogafin las cuotas sociales que tiene en la (sic) sociedades Sierras del Chicó Ltda. y Chicó Oriental N° Dos Ltda., al propio tiempo debe ordenar que Fogafin reintegre a Bancolombia los gastos en que dichas sociedades incurrieron desde 1994 hasta ahora ó e saldo de los créditos otorgados, pues dichos gastos fueron sufragados con créditos otorgados por Banco de Colombia. Lo contrario sería inequitativo, injusto y constituiría un*

enriquecimiento sin causa para Fogafin”.

C. Decisión del tribunal

Para decidir el tribunal considera:

Se recuerda lo que ya sentó el tribunal, esto es, que la sociedad una vez constituida en forma legal da lugar a una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (art. 98 del C. de Co.) y, adicionalmente, que una persona puede tener frente a una determinada sociedad una variedad de legitimaciones o de posiciones contractuales o de meros intereses (*“tercero interesado”* simplemente, por ejemplo), como cuando el socio es simultáneamente el administrador y representante, sin que esas complejas relaciones, en sí, tengan por qué resultar sospechosas ni indiciarias, de manera necesaria, de eventuales percances en el giro de los negocios societarios.

Por otra parte, el tema del control societario reviste cierta complejidad, y aunque la situación de control o subordinación de una sociedad respecto de otra u otras personas es objeto de una regulación legal especial, que incluye entre los supuestos de control la participación mayoritaria en el capital (Ley 222 de 1995, art. 27-1.), el análisis y las conclusiones que impone una indagación de este tipo tienen un espectro mucho más amplio que el que fuera delimitado por la convocante, de tal manera que un pronunciamiento en derecho de lo que se plantea en esta parte de la demanda tendría que vincular a los demás socios de ambas sociedades, siendo claro, por supuesto, que no se echa de menos la constitución de un *litis consorcio necesario*.

A pesar de lo anterior, es razonable concluir que el Banco de Colombia —o BANCOLOMBIA después— se destaca en el mapa de socios de Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada como el socio con más poder de maniobra e influencia en la gestión societaria, cuya demostración abunda en la experticia de SELFINVER. Analizado el cúmulo de circunstancias que rodearon las capitalizaciones y el otorgamiento de los créditos desembolsados por BANCOLOMBIA (hoy cuantiosos pasivos de las dos sociedades) y de donde provendría el deterioro de *“la condición financiera y patrimonial de las... SOCIEDADES respecto de las que éstas exhibían en la fecha en que se debió haber realizado la transferencia de la propiedad de los derechos o cuotas de participación”* (Pretensión DECIMOSEGUNDA SUBSIDIARIA) de la convocada, el tribunal llega a la conclusión de que tales conductas, para cuya realización eran determinantes el poder e influencia del Banco al interior de ambas sociedades, constituyen un incumplimiento de la obligación contractual de no hacer que contrajo al suscribir el acuerdo de administración de que ya se dio cuenta en este laudo.

Y todo lo anterior es independiente de si hubiera podido o no exigírsele a ese socio, a los demás, o a los administradores, de manera razonable, otro comportamiento alternativo cuando elaboraron o aprobaron los balances de fin de ejercicio que mostraban los aumentos de capital requeridos o los endeudamientos contraídos frente a un socio determinado; y es independiente, también, de si en el fondo de esas decisiones subyace —y probablemente así sea— la expectativa de una explotación comercial de esos predios, una aspiración legítima de las sociedades, de sus socios y de sus administradores, que no podría ser objeto de censura, y en este mismo sentido se pronunció SELFINVER en la página 17 de su experticia, al contestar la pregunta número 5 de FOGAFIN.

En congruencia con lo anterior, tampoco es asunto de este Tribunal definir si es o no reprochable la destinación que le dieron ambas sociedades a los créditos otorgados por la convocada (Hechos probados, *supra* N^o III.3.), que fueron gastados en el pago de cargas fiscales, especialmente catastrales, de carácter Distrital, y en el pago de procuraciones administrativas o judiciales que no terminan todavía, sin desconocer que de haber tenido la convocante la calidad de socio desde la fecha que afirma ha debido tenerla (19 de enero de 1996 a voces de la pretensión DÉCIMA PRINCIPAL), seguramente otra habría sido su posición, pero ella sería, simplemente, el resultado de finalidades e intereses distintos que habrían estado predispuestos necesariamente, en este hipotético caso, por la preponderancia de cometidos estatales y el marchitamiento de expectativas y apetencias comerciales que no pueden censurárseles en el ámbito propio de este fallo, ni a la convocada, ni a los demás

socios, ni a los administradores de las sociedades Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada. Y debe agregarse que las sociedades fincaron su suerte en la posibilidad de desarrollar su objeto solo si los inmuebles de su propiedad podían ser usados de conformidad con las pretensiones litigiosas interpuestas ante autoridades administrativas y jurisdiccionales, decisión cuya bondad no le corresponde apreciar al Tribunal, el cual solo ha de reparar en los efectos económicos que sobre las cuotas debidas a FOGAFIN se derivaron directamente del endeudamiento y de las capitalizaciones, cuyas consecuencias se trasladan, ahora, a FOGAFIN, por lo menos de manera proporcional a las participaciones societarias que le corresponden después de este laudo arbitral.

En conclusión, hay dos clases de comportamientos que ocurrieron con posterioridad a la celebración del contrato de contingencias pasivas, consistentes en las capitalizaciones llevadas a cabo por BANCOLOMBIA en ambas sociedades y en los préstamos que les concedió, las cuales, abstracción hecha de si eran o no necesarias, convenientes o beneficiosas para las sociedades, se produjeron violando una obligación contractual contraída por BANCOLOMBIA frente a FOGAFIN. Y ellas producen en las sociedades capitalizadas y endeudadas efectos económicos que son relevantes para FOGAFIN de cara a las obligaciones cuyo cumplimiento reclama, a saber: que hoy el número de cuotas sociales que tenía BANCOLOMBIA a 31 de diciembre de 1993 en las sociedades corresponden a un porcentaje de participación en el capital de ambas sociedades que es inferior al que les correspondía en esa fecha, pues las capitalizaciones incrementaron el capital social; y que frente al valor patrimonial de las sociedades a 31 de diciembre de 1993, incide adversamente la cuantía de los préstamos, incluyendo sus intereses, concedidos por el Banco, comoquiera que ellos implican un aumento del pasivo externo a cargo de las compañías.

Esos dos efectos económicos, que en el proceso no fueron objeto de controversia por parte de BANCOLOMBIA en relación con su ocurrencia, son relevantes para FOGAFIN, y deben ser considerados por el Tribunal en atención a las pretensiones de la convocante, que ha pedido que la obligación de transferencia de derechos derivada del contrato debe cumplirse *“de forma tal que las condiciones de tales derechos sean cuando menos las mismas o mejores que las existentes en la fecha en la que la aludida transferencia se debió efectuar”* (pretensión décima segunda principal). Y como consecuencia de dicha pretensión, la convocante ha pedido, también, que se condene a BANCOLOMBIA a llevar a cabo todos los actos necesarios para que las sociedades *“queden en una condición financiera igual o mejor a la que tenían en la fecha en que se debió transferir la propiedad de los derechos... incluyendo dentro de tales actos los que sean necesarios para liberar a las SOCIEDADES... de la obligación de pagar los créditos otorgados por BANCOLOMBIA S.A. a las SOCIEDADES..., con posterioridad a la fecha en que se debió realizar la aludida transferencia y los actos que sean necesarios para liberar a las SOCIEDADES... De los pasivos ciertos o contingentes que se hayan causado con posterioridad a la aludida fecha, para cuyo efecto se tendrá en cuenta lo que al respecto se establezca por los árbitros contando con el concurso de peritos”* (pretensión décimo tercera principal): y, en subsidio de la pretensión de condena anterior, ha pedido que la convocada sea condenada a reconocerle y pagarle a la convocante Fondo, *“... las sumas de dinero a que equivalgan los valores correspondientes a la afectación negativa de la condición financiera y patrimonial que han experimentado las SOCIEDADES... respecto de la condición financiera y patrimonial que dichas SOCIEDADES tenían en la fecha en que se debió haber realizado la transferencia de la propiedad de los derechos o cuotas de participación en dichas SOCIEDADES”* (pretensión DÉCIMO TERCERA SUBSIDIARIA).

Observa el Tribunal que no tiene competencia para afectar relaciones jurídicas de terceros, como lo son las relativas a las sociedades tantas veces referidas, de manera que ello constituirá razón suficiente para desestimar la pretensión DÉCIMO TERCERA PRINCIPAL. Pero las decisiones de BANCOLOMBIA correspondientes a las capitalizaciones y préstamos, adoptadas por él en forma absolutamente libre y a conciencia de la existencia del compromiso contractual con FOGAFIN, tuvieron como efectos económicos previsibles y directamente derivados de ellas, los consistentes en la disminución de la participación porcentual en el capital correspondiente a las cuotas debidas, y en la disminución del patrimonio derivada del aumento del pasivo externo. Esas consecuencias económicas

no tienen por qué afectar a FOGAFIN, debiendo ser asumidas frente a éste, en su totalidad, por BANCOLOMBIA y, de manera consecuente con lo que acaba de sentarse, el tribunal declarará probadas la pretensión DECIMOPRIMERA PRINCIPAL, en lo que se refiere a la posesión y conservación por parte de BANCOLOMBIA de una participación mayoritaria en el capital de las sociedades, con la consecuente influencia sobre su dirección y funcionamiento, y la pretensión DÉCIMO SEGUNDA SUBSIDIARIA. No estimará la pretensión DÉCIMO SEGUNDA PRINCIPAL, porque ocuparse de restablecer el *statu quo* societario en el que debió darse la transferencia por la que se aboga, tiene el riesgo de poner al tribunal a considerar derechos de terceros ajenos a este debate arbitral, y es por ello que se le dará mérito a la pretensión DÉCIMO SEGUNDA SUBSIDIARIA, a cuyo amparo se podrán tomar en consideración elementos objetivos de carácter financiero y patrimonial, ya identificados en este laudo. Estas mismas razones juegan, como ya lo sentó el tribunal, para desestimar la pretensión DÉCIMO TERCERA PRINCIPAL y atender, en cambio, su respectiva subsidiaria, y así lo consignará en la parte resolutive de este laudo arbitral.

IX. CONCRECIÓN DE LAS DECLARACIONES Y CONDENAS QUE PROSPERAN

En mérito de lo expuesto, el tribunal ordenará a la parte convocada que, a cambio de la contraprestación cuyo valor se determine de la manera que lo indica el Contrato de Contingencias Pasivas, transfiera a la convocante un determinado número de acciones que posee en las sociedades Sierras del Chicó Ltda. y Chicó Oriental N° 2 Ltda., o de manera indirecta en cabeza de cualquiera otra sociedad.

Por otra parte, debe concretar el tribunal la condena derivada del incumplimiento de la obligación que pesaba sobre la convocada de no obstruir el derecho de injerencia acordado en la Cláusula Décimo Quinta, N° 15.6 del Contrato de Contingencias Pasivas, y a ello se procede a continuación.

A. Transferencia de cuotas y contraprestación de las mismas

De acuerdo con los datos que arroja el peritaje, los porcentajes de participación en el capital de las sociedades Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda. y Chicó Oriental Número Dos Ltda. a los que equivalían las cuotas debidas por BANCOLOMBIA a FOGAFIN a 31 de diciembre de 1993, eran, respectivamente, el cincuenta y uno punto diez por ciento (51.10%) y el ochenta y dos por ciento (82%).

Con base en las consideraciones ya expuestas, son entonces las cuotas que hoy correspondan a esos porcentajes las que tienen que ser entregadas a FOGAFIN en cumplimiento de la obligación de transferencia pendiente. Si BANCOLOMBIA tuviere que transferir más cuotas que las nominalmente debidas en diciembre 31 de 1993, ello es consecuencia de su incumplimiento del contrato, pues fue incumpliendo frente a FOGAFIN como llegó a adquirir más cuotas y, en consecuencia, a alterar los porcentajes de participación en el capital existentes al celebrar el Contrato de Contingencias Pasivas.

Fijado lo anterior debe el tribunal examinar y determinar el valor de los derechos sociales, en atención a lo pactado en el N° 15.3 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Contingencias Pasivas, en el cual, como contraprestación de la transferencia a favor de FOGAFIN, se estableció, a favor de BANCOLOMBIA, el derecho *“... al pago del valor que tales derechos sociales tenían en libros del BANCO a 31 de diciembre de 1993, con los ajustes por inflación legalmente obligatorios sobre los mismos, que se causen hasta el momento de su traspaso a favor del FONDO. En caso de que la venta de los derechos sociales se haga, estando estos en poder del BANCO, este tendrá derecho a retener una suma igual al valor antes indicado. En todo caso el valor en libros de tales derechos sociales no comprenderá concepto alguno por valorización”*. Y en el N° 15.4. de esa misma Cláusula, al definir el *“Beneficio Neto”*, se tomó ese mismo valor al definir el sustraendo que debe restarse de las sumas de dinero obtenidas por la enajenación de los derechos sociales en ambas sociedades, esto es, en Sierras del Chicó Limitada y en Chicó Oriental N° Dos Limitada.

El tribunal enfrentó serias dificultades para establecer el valor que las cuotas sociales en cuestión tenían a 31 de diciembre de 1993, inesperadas y sorprendentes en tratándose de las cuentas, libros y

papeles de un comerciante bancario. Con todo, durante el trámite de la objeción por error grave al dictamen pericial, se incorporaron como pruebas dos documentos que permiten establecer ese valor. Se trata, respectivamente, de la certificación expedida el 11 de marzo de 2005 por el Revisor Fiscal de BANCOLOMBIA por solicitud de los peritos del Tribunal de Arbitraje convocado por BANCOLOMBIA contra el señor Jaime Gilinski, certificación en la cual dicho Revisor expresa que se basa en “... los libros auxiliares del sistema CONSIST del Banco de Colombia S.A. (absorbido por el Banco Industrial Colombiano S.A., que a partir del 3 de abril de 1998 se denomina Bancolombia S.A.), al 31 de diciembre de 1993”; y de la comunicación del 22 de diciembre de 1994 enviada por el Vicepresidente Jurídico y Secretario General de BANCOLOMBIA a FOGAFIN, en la cual se hace referencia al costo en libros a 31 de diciembre de 1993, con el mismo valor señalado por el Revisor Fiscal al referirse al costo ajustado (incluyendo ajustes por inflación) de las cuotas sociales directamente poseídas por BANCOLOMBIA a 31 de diciembre de 1993, a saber:

Cuotas sociales registradas en Banco de Colombia	Costo en libros a Diciembre de 1993	Cuotas sociales	Vr. Cuota social
Urbanización Sierras del Chicó	\$ 470,890,677.15	4,685	\$ 100,510.28
Chicó Oriental N° 2	\$ 2,584,197.80	1,200	\$ 2,153.50

Aplicando el valor de cada cuota social aquí establecido se calcula el valor de las cuotas sociales que de manera indirecta tenía el Banco de Colombia a 31 de diciembre de 1993 así:

Cuotas sociales registradas en el Fideicomiso Títulos Grancolombiano	Costo en libros a Diciembre de 1993	Cuotas sociales	Vr. Cuota social
Urbanización Sierras del Chicó	\$ 340,629,350.02	3,389	\$ 100,510.28
Cuotas sociales registradas en Granvivienda	Costo en libros a Diciembre de 1993	Cuotas sociales	Vr. Cuota social
Chicó Oriental N° 2	\$ 15,074,487.17	7,000	\$ 2,153.50

De acuerdo con el primer inciso de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Contingencias Pasivas, BANCOLOMBIA se obligó en forma clara y expresa a transferir a favor de FOGAFIN “... la propiedad, el interés, el beneficio neto, o los derechos que directamente o a través de otras personas o de patrimonios autónomos, o de cualquier otra forma, tiene en las sociedades Sierras del Chicó Ltda. y Chicó Oriental Número Dos Ltda...”. Según se destacó, en el N° 15.4 de esa misma Cláusula, se hizo referencia al valor de las cuotas en los libros de BANCOLOMBIA a 31 de diciembre de 1993 sin distinguir entre las cuotas directa e indirectamente poseídas, en el caso de Sierras del Chicó Limitada, a través el Fideicomiso Títulos Grancolombiano y, en el caso de Chicó Oriental N° 2, a través de Granvivienda.

Como es sabido que las normas legales sobre interpretación de los contratos ordenan atenerse a la intención de los contratantes claramente conocida, buscando la efectividad de sus cláusulas, estándose a la naturaleza del contrato cuando no aparece voluntad contraria, e interpretando unas cláusulas por otra para darles el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad (Código Civil, arts. 1618, 1620, 1621 y 1622), el Tribunal determinará el valor de las cuotas indirectamente poseídas por el Banco con base en el valor que las cuotas en cada una de dichas sociedades tenían en los libros de BANCOLOMBIA a 31 de diciembre de 1993, pues es ello lo que se prescribe en el contrato.

Y ateniéndose de igual manera a lo dispuesto por los contratantes, y habida cuenta de que estos

pactaron expresamente que en dicho valor se tienen en cuenta los ajustes por inflación “*legalmente obligatorios*” sobre los derechos sociales, el Tribunal procederá a considerar dicho ajuste hasta el momento en que estos fueron legalmente obligatorios, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2006 (Decreto N° 1536 de 2007).

Así las cosas, excluyendo las valorizaciones puesto que esa fue la intención contractual expresa, y tomando en cuenta los ajustes por inflación hasta el día en que fueron legalmente obligatorios, el valor de los derechos sociales que BANCOLOMBIA tenía en ambas sociedades, directa e indirectamente, calculado con base en el valor que tales cuotas tenían en los libros de BANCOLOMBIA a 31 de diciembre de 1993, arroja los siguientes resultados:

Valor cuotas sociales Sierras del Chicó

De manera directa (Banco de Colombia)	\$ 470,890,677.15
De manera indirecta (Fideicomiso Títulos Grancolombiano)	\$ 340,629,350.02
TOTAL	\$ 811,520,027.17

Valor cuotas sociales Chicó Oriental N° 2

De manera directa (Banco de Colombia)	\$ 2,584,197.80
De manera indirecta (Granvivienda)	\$ 15,074,487.17
TOTAL	\$ 17,658,684.97

Al ajustar por inflación los anteriores valores hasta el momento en que fueron legalmente obligatorios, ese valor en libros para las participaciones de BANCOLOMBIA en ambas sociedades arroja un valor consolidado de \$ 3.415.318.637, en el que \$ 3.342.583972 corresponden a Urbanización Las Sierras del Chicó Limitada, y \$ 72.734.655 a Chicó Oriental Número Dos Ltda., según la liquidación que se presenta en la siguiente tabla.

	IPC	Valor participación en Sierras del Chicó	Valor participación en Chicó Oriental N° 2	TOTAL
1993	22.60%	811,520,027	17,658,685	829,178,712
1994	22.59%	994,842,401	21,647,782	1,016,490,183
1995	19.46%	1,188,438,733	25,860,440	1,214,299,173
1996	21.63%	1,445,498,030	31,454,053	1,476,952,084
1997	17.68%	1,701,062,082	37,015,130	1,738,077,212
1998	16.70%	1,985,139,450	43,196,657	2,028,336,107
1999	9.23%	2,168,367,821	47,183,708	2,215,551,530
2000	8.75%	2,358,100,006	51,312,283	2,409,412,288

2001	7.65%	2,538,494,656	55,237,672	2,593,732,328
2002	6.99%	2,715,935,432	59,098,786	2,775,034,218
2003	6.49%	2,892,199,642	62,934,297	2,955,133,939
2004	5.50%	3,051,270,622	66,395,683	3,117,666,306
2005	4.85%	3,199,257,248	69,615,874	3,268,873,121
2006	4.48%	3,342,583,972	72,734,665	3,415,318,637

En mérito de lo expuesto, el tribunal ordenará a la parte convocada que, a cambio de la contraprestación cuyo valor se determinará de la manera prevista en el Contrato de Contingencias Pasivas, ejecute dentro del término que fije el Tribunal los trámites societarios que correspondan para transferir a FOGAFIN el 51,10% de las cuotas sociales que actualmente posee, de manera directa o indirecta en las Sierras del Chicó Limitada, por una parte, y el 82,00% de las que posee en igual forma en Chicó Oriental N° 2 Limitada, por la otra, que a términos de lo que informan sendos certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá de fecha 19 de octubre de 2010 equivalen a,

- **8.820** cuotas sociales de la sociedad **URBANIZACIÓN LAS SIERRAS DEL CHICÓ LIMITADA**, y
- **11.150** cuotas sociales de la sociedad **CHICÓ ORIENTAL NÚMERO DOS LIMITADA**.

En el evento de que como consecuencia del ejercicio del derecho de preferencia BANCOLOMBIA no pueda transferir las cuotas sociales debidas a FOGAFIN, entonces deberá transferirle a este el “*Beneficio Neto*” previsto en la Cláusula Décimo Quinta, N° 15.4 del Contrato de Contingencias Pasivas, o cualquier otro subrogado de esa contraprestación según lo previsto en el contrato referido, efecto para el cual se tendrá en cuenta el valor en libros de que trata ese mismo texto contractual, en la cuantía ya fijado en esta misma parte del laudo.

B. Liquidación de perjuicios por infracción a un acuerdo de administración

Con fundamento en consideraciones ya sentadas, debe el Tribunal liquidar los perjuicios correspondientes al incumplimiento de la obligaciones de no hacer contraída por BANCOLOMBIA al concederle a FOGAFIN el derecho de injerencia sobre sus actuaciones en relación con las sociedades, y para estos efectos procede sobre las pautas que ya se anticiparon.

Comoquiera que al referirse a la transferencia de cuotas y a su contraprestación el Tribunal ya estableció la forma en que BANCOLOMBIA debe cumplir su obligación de transferencia, de manera que entregue lo que debía y reciba aquello a lo que tenía derecho, sin que en ello incida el efecto económico de las capitalizaciones, corresponde ahora liquidar los perjuicios causados por BANCOLOMBIA con el incumplimiento de la obligación contractual de no hacer, correlativa al derecho de injerencia que le concedió a FOGAFIN, y respecto del que se encuentra en mora desde que incurrió en incumplimiento (C.C., arts. 1608 y ss.), siendo procedente recordar que, de conformidad con los incisos primero y cuarto del artículo 1612 del Código Civil “*Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnización de perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho... (-) El acreedor quedará de todos modos indemne*”.

Tales perjuicios corresponden al aumento en el pasivo externo de las sociedades derivado de los préstamos no capitalizados y de sus correspondientes intereses. En efecto, se trata, como ya se señaló, de préstamos otorgados por la convocante a las sociedades sin permitir a la convocante ejercer su derecho de injerencia.

Como no es posible deshacer préstamos que corresponden a contratos celebrados con unas personas

jurídicas, las sociedades, que son distintas de sus socios individualmente considerados cualquiera que sea el porcentaje de su participación y grado de control (C. de Co., art. 98), para dejar indemne a FOGAFIN por el daño causado con este incumplimiento, es necesario que BANCOLOMBIA le reconozca a FOGAFIN, a título de indemnización, una suma de dinero equivalente a aquel porcentaje del valor del capital e intereses de los préstamos otorgados por BANCOLOMBIA y no capitalizados en las sociedades, que corresponda al porcentaje de participación que le correspondería a FOGAFIN en el capital de ambas sociedades.

Según la respuesta a la pregunta 7 de FOGAFIN en el dictamen (Tablas 12 y 13 que presentan el valor de los pasivos totales de las sociedades a 31 de julio de 2009) y la Aclaración N° 2 solicitada por BANCOLOMBIA, el valor de los créditos de BANCOLOMBIA y los intereses de los pagarés a julio 31 de 2009 era de \$ 7.282.682.719,26 para Sierras del Chicó Limitada y de \$ 3.819.161.949,17 para Chicó Oriental Número Dos, para un total en las dos sociedades de \$ 11.101.844.668,43.

Para actualizar los intereses de los créditos a septiembre 30 de 2010 se utilizaron las tasa de interés del DTF + 7% (tasa pactada en los créditos), intereses que se causan mes vencido como se establece en las tablas 31 y 32 del Dictamen, Páginas 70 a 80, en respuesta a la pregunta N° 8 de BANCOLOMBIA.

A su vez, la tasa DTF se calcula tomando la Tasa de interés de los certificados de depósito a término a 90 días —DTF— Promedio mensual reportada por el Banco de la República, tasa de interés expresada en términos efectivos a la que se adiciona el 7% y se convierte a la tasa de interés mes vencido con la que se calculan los intereses entre agosto de 2009 y septiembre 30 de 2010 según la tabla siguiente:

Actualización intereses			
MES	DTF	DTF+7%	MV
Aug.-09	5.08%	12.08%	11.46%
Sep.-09	4.89%	11.89%	11.29%
Oct.-09	4.41%	11.41%	10.85%
Nov.-09	4.40%	11.40%	10.84%
Dec.-09	4.12%	11.12%	10.59%
Jan.-10	4.04%	11.04%	10.52%
Feb.-10	4.00%	11.00%	10.48%
Mar.-10	3.93%	10.93%	10.42%
Apr.-10	3.92%	10.92%	10.41%
May.-10	3.63%	10.63%	10.14%
Jun.-10	3.54%	10.54%	10.06%
Actualización intereses			
Jul.-10	3.52%	10.52%	10.04%

Aug.-10	3.50%	10.50%	10.03%
Sep.-10	3.47%	10.47%	10.00%

Tomando la tasa de interés equivalente mes vencido se liquidan los intereses de cada una de las sociedades mes a mes entre agosto de 2009 y septiembre de 2010 así:

Crédito Sierras del Chicó	
Valor del Crédito	\$ 2,648,708,142.59
Cálculo de intereses	
Aug.-09	\$ 25,292,148.24
Sep.-09	\$ 24,914,103.37
Oct.-09	\$ 23,956,415.06
Nov.-09	\$ 23,936,423.03
Dec.-09	\$ 23,375,977.22
Jan.-10	\$ 23,215,612.08
Feb.-10	\$ 23,135,389.78
Mar.-10	\$ 22,994,936.98
Apr.-10	\$ 22,974,865.67
May.-10	\$ 22,392,074.72
Jun.-10	\$ 22,210,923.81
Jul.-10	\$ 22,170,649.69
Aug.-10	\$ 22,130,368.89
Sep.-10	\$ 22,069,935.16
Total intereses de Agosto de 2009 a Sept. de 2010	\$ 324,769,823.70
Crédito Chicó Oriental N° 2	
Valor del Crédito	\$ 1,447,264,578.44
Cálculo de intereses	
Aug.-09	\$ 13,819,729.58

Sep.-09	\$ 13,613,164.37
Oct.-09	\$ 13,089,879.70
Nov.-09	\$ 13,078,955.97
Dec.-09	\$ 12,772,726.17
Jan.-10	\$ 12,685,102.02
Feb.-10	\$ 12,641,268.25
Mar.-10	\$ 12,564,524.28
Crédito Chicó Oriental N° 2	
Apr.-10	\$ 12,553,557.24
May-10	\$ 12,235,117.96
Jun.-10	\$ 12,136,136.39
Jul.-10	\$ 12,114,130.46
Aug.-10	\$ 12,092,120.87
Sep.-10	\$ 12,059,099.64
Total intereses de Agosto de 2009 a Sept. de 2010	\$ 177,455,512.91

Teniendo en cuenta que a FOGAFIN, por las razones ya expresadas y como resultado de las decisiones tomadas en el presente laudo, le corresponde el 51.10 % del capital de la sociedad **Urbanización Las Sierras del Chicó Limitada** y el 82 % del capital de la sociedad **Chicó Oriental Número Dos Limitada**, BANCOLOMBIA deberá pagar a FOGAFIN a título de indemnización de perjuicios: (a) Una suma igual al 51.10 % del valor del capital más intereses de los préstamos otorgados por BANCOLOMBIA a la sociedad Urbanización Las Sierras del Chicó Limitada, tomado dicho valor con corte al 30 de septiembre de 2010, es decir, la suma de \$ 3.887.408.249,45; más (b) Una suma igual al 82 % del valor del capital más intereses de los préstamos otorgados por BANCOLOMBIA a la sociedad Chicó Oriental Número Dos Limitada, tomado dicho valor con corte al 30 de septiembre de 2010, es decir la suma de \$ 3.277.226.318,90, para un total a pagar por concepto del perjuicio antes referido de \$ 7.164.634.568,35, y así lo consignará en la parte resolutive de este laudo.

En mérito de lo expuesto en este capítulo del laudo, en concordancia con consideraciones y conclusiones anteriores, forzoso es concluir, la prosperidad de las pretensiones **QUINTA PRINCIPAL** (orden de transferencia de derechos societarios y contraprestación), **SÉPTIMA, OCTAVA y NOVENA PRINCIPALES** (existencia, incumplimiento y perjuicios por un determinado acuerdo de administración), **DÉCIMO PRIMERA PRINCIPAL** (participación mayoritaria y control de la convocada en las Sociedades), **DÉCIMO SEGUNDA SUBSIDIARIA** (deterioro de la situación financiera y patrimonial de las Sociedades con efecto directo en los derechos que pretende FOGAFIN, por razón del control y del incumplimiento de un acuerdo de administración) y **DÉCIMO TERCERA SUBSIDIARIA** (perjuicios consecuenciales de la prosperidad de las pretensiones inmediatamente anteriores). Por las razones igualmente expuestas en conexión con estas mismas pretensiones, no es necesario no es necesario

hacer pronunciamiento alguno sobre la pretensión **QUINTA SUBSIDIARIA**.

No prospera la pretensión **SEXTA PRINCIPAL** por carecer de prueba la existencia de los frutos civiles allí impetrados, esto es, unos pretendidos *“aumentos, frutos y beneficios... que hayan producido, o que debieron haber producido... los derechos o cuotas de participación societaria...”*, cuya transferencia se ha decretado a favor de FOGAFIN y a cargo de BANCOLOMBIA. En forma consecencial, tampoco hay lugar a considerar la pretensión **NOVENA PRINCIPAL** pero solamente en la parte que reza con perjuicios vinculados con la pretensión **SEXTA PRINCIPAL** (*“aumentos, frutos y beneficios...”*). Por la misma razón que acaba de indicarse, esto es, por no haberse allegado su plena prueba, igualmente se rechazará la pretensión **DÉCIMA PRINCIPAL** (perjuicios por la mora en transferir las cuotas sociales reclamadas).

La pretensión **DÉCIMO TERCERA PRINCIPAL** se rechaza por referirse a derechos de terceros ajenos a esta relación jurídico-procesal (restablecer las condiciones financieras y patrimoniales de dos sociedades suficientemente identificadas en el plenario).

IX. COSTAS

El Código de Procedimiento Civil dispone que se condenará en costas a la parte vencida; que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia; que tal condena se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando, a sabiendas, se aleguen hechos contrarios a la realidad y, adicionalmente, que solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Dentro de este contexto legal, el Tribunal procederá a pronunciarse sobre las costas del proceso, con fundamento en lo previsto en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, y con sujeción a las reglas dispuestas en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, modificados por la Ley 794 de 2003.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 392, ordinales 1º y 5º y 393, ordinal 3º del Código de Procedimiento Civil, habida consideración de las pretensiones de la demanda que prosperan, se condenará a la convocada a rembolsar el setenta por ciento (70 %) de las costas en que incurrió la entidad convocante, señalándose como agencias en derecho la suma de doscientos millones de pesos (\$ 200 000 000), que se tiene en cuenta en la liquidación que a renglón seguido se efectúa:

- 100 % de los gastos de presentación de la demanda ante la Cámara de Comercio de Bogotá: \$ 1 070 680.
- 50 % de los honorarios de los árbitros: \$ 300 000 000.
- 50 % del IVA sobre los honorarios de los árbitros: \$ 48 000 000.
- 50 % de los honorarios del Secretario: \$ 50 000 000.
- 50 % del IVA sobre los honorarios del Secretario: \$ 8 000 000.
- 50% de los gastos de la Cámara de Comercio de Bogotá: \$ 50 000 000.
- 50 % del IVA sobre los gastos de la Cámara de Comercio de Bogotá: \$ 8 000 000.
- 50 % de la partida de protocolización y gastos: \$ 50 000 000.
- 50 % de los gastos del peritaje contable y financiero: \$ 41 195 570.
- 50 % de los honorarios del perito contable y financiero: \$ 40 000 000.
- 50 % del IVA sobre los honorarios del perito contable y financiero: \$ 6 400 000.

• Agencias en derecho: \$ 200 000 000.

Total de las costas en las que incurrió FOGAFIN: \$ **802 666 250**.

De conformidad con lo expuesto, la convocada deberá rembolsar a FOGAFIN el setenta por ciento (70 %) de las costas en que incurrió la convocante, esto es la suma de QUINIENTOS SESENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$ 561 866 375).

Si quedare alguna suma a favor de las partes de la partida destinada a gastos de protocolización y otras expensas administrativas, que se encuentra en poder del Presidente del tribunal, ese saldo le corresponderá en su totalidad a FOGAFIN.

CAPÍTULO TERCERO: DECISIÓN DEL TRIBUNAL

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitraje constituido para resolver unas determinadas controversias patrimoniales entre el FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, FOGAFIN, parte convocante y BANCOLOMBIA S.A., antes BANCO DE COLOMBIA, parte convocada, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar que no prospera la objeción por error grave formulada por el FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, FOGAFIN, parte convocante, al dictamen pericial rendido por SELFINVER BANCA DE INVERSIÓN LIMITADA, y disponer el pago de sus honorarios.

Segundo. Declarar que el denominado Contrato de Contingencias Pasivas vertido en la Escritura Pública N° 0182 de 18 de enero de 1994, de la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Bogotá, en el que son partes el FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, FOGAFIN, por un lado, y el BANCO DE COLOMBIA, ahora BANCOLOMBIA S.A. y otras entidades financieras, por el otro, existe y ha producido efectos en forma continuada y sin interrupción alguna desde el 31 de enero de 1994. En consecuencia, prospera la pretensión PRIMERA PRINCIPAL.

Tercero. Declarar que con base en las Cláusulas Primera y Décimo Quinta del denominado Contrato de Contingencias Pasivas a que se refiere la resolución anterior, BANCOLOMBIA S.A. está obligado a transferirle o cederle al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, FOGAFIN, un número de cuotas de interés social equivalentes al porcentaje que directa o indirectamente tenía en las sociedades URBANIZACIÓN LAS SIERRAS DEL CHICÓ LIMITADA y CHICÓ ORIENTAL NÚMERO DOS LIMITADA a 31 de diciembre de 1993, obligación que está incumplida y se encuentra en mora. En consecuencia, con las precisiones indicadas en la parte motiva, prosperan las pretensiones SEGUNDA, TERCERA y CUARTA PRINCIPALES.

Cuarto. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenar a BANCOLOMBIA S.A., antes BANCO DE COLOMBIA, a ceder al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, FOGAFIN, un número de cuotas de interés social equivalentes al cincuenta y uno punto diez por ciento (51,10 %) de las que actualmente posee en forma directa o indirecta en la sociedad URBANIZACIÓN LAS SIERRAS DEL CHICÓ LIMITADA, y un número de cuotas de interés social equivalentes al ochenta y dos por ciento (82%) de las que actualmente posee en forma directa o indirecta en la sociedad CHICÓ ORIENTAL NÚMERO DOS LIMITADA.

BANCOLOMBIA S.A. deberá dar cumplimiento a esta resolución observando los trámites societarios a que haya lugar, dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral. En consecuencia, prospera la pretensión QUINTA PRINCIPAL.

Parágrafo único. Si los socios de URBANIZACIÓN LAS SIERRAS DEL CHICÓ LIMITADA y CHICÓ ORIENTAL NÚMERO DOS LIMITADA hicieron uso del derecho de preferencia, a FOGAFIN le corresponderá el denominado "Beneficio Neto", a términos de lo previsto en la Cláusula Décimo Quinta (15ª) del Contrato de Contingencias Pasivas vertido en la Escritura Pública N° 0182 de 18 de enero de 1994, de la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Bogotá, o cualquier otro subrogado que fuere procedente de conformidad con lo previsto en el Contrato referido.

Quinto. Declarar que BANCOLOMBIA S.A., antes BANCO DE COLOMBIA, ha tenido y mantiene en forma directa e indirecta una participación mayoritaria en el capital social de las sociedades URBANIZACIÓN LAS SIERRAS DEL CHICÓ LTDA. y CHICÓ ORIENTAL NÚMERO DOS LTDA. y, por ende, ejerce el control sobre las mismas, en los términos indicados en la parte motiva de este laudo arbitral. En consecuencia, prospera la pretensión DÉCIMO PRIMERA PRINCIPAL de la demanda.

Sexto. Declarar que con base en la Cláusula Décimo Quinta, Número 15.6, del denominado Contrato de Contingencias Pasivas a que se refiere la segunda resolución de este laudo arbitral, mientras BANCOLOMBIA S.A., antes BANCO DE COLOMBIA, conserve la titularidad de los derechos derivados de las cuotas de interés social que tiene en las sociedades URBANIZACIÓN LAS SIERRAS DEL CHICÓ LIMITADA y CHICÓ ORIENTAL NÚMERO DOS LIMITADA, está obligado a ejercerlos en los términos y condiciones que indique el FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, FOGAFIN, y que esta obligación fue incumplida y se encuentra en mora, de acuerdo con las consideraciones consignadas de la parte motiva de este laudo arbitral. En consecuencia, prosperan las pretensiones SÉPTIMA y OCTAVA PRINCIPALES.

Séptimo. Como consecuencia de las dos declaraciones inmediatamente anteriores, condenar a BANCOLOMBIA S.A., antes BANCO DE COLOMBIA, a pagar al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, FOGAFIN, los perjuicios derivados de ese incumplimiento, tasados en la forma indicada en la parte motiva de este laudo arbitral, que ascienden a la suma de siete mil ciento sesenta y cuatro millones seiscientos treinta y cuatro mil quinientos sesenta y ocho pesos (\$ **7.164.634.568**). Esta suma de dinero devengará intereses moratorios, a la tasa más alta legalmente procedente, a partir de la ejecutoria de este laudo arbitral y hasta su pago efectivo. En consecuencia, prosperan las pretensiones NOVENA PRINCIPAL (parcialmente), DÉCIMO SEGUNDA SUBSIDIARIA y DÉCIMO TERCERA SUBSIDIARIA.

Octavo. Declarar no probados los perjuicios que habrían podido derivarse de la prosperidad de las pretensiones principales SEGUNDA, TERCERA y CUARTA a que se refiere la tercera resolución anterior, así como los perjuicios por aumentos, frutos y beneficios que se impetran en la pretensión SEXTA PRINCIPAL. En consecuencia, no prosperan las pretensiones SEXTA y DÉCIMA PRINCIPALES de la demanda.

Noveno. Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que no prosperan las pretensiones DÉCIMO SEGUNDA y DÉCIMO TERCERA PRINCIPAL de la demanda.

Décimo. Ordenar la cancelación del registro de este proceso arbitral dispuesto mediante Oficio N° 03/09 de 4 de mayo de 2009, inscrito el 28 de mayo de 2009 bajo los números 0107752 y 0107755 del Libro VIII de la Cámara de Comercio de Bogotá, respectivamente para URBANIZACIÓN LAS SIERRAS DEL CHICÓ LIMITADA y CHICÓ ORIENTAL NÚMERO DOS LIMITADA, efecto para el cual, por Secretaría se librarán los oficios respectivos.

Décimo primero. Condenar en costas a BANCOLOMBIA S.A., antes BANCO DE COLOMBIA, en la suma de quinientos sesenta y un millones ochocientos sesenta y seis mil trescientos setenta y cinco pesos (\$ **561.866.375**), de acuerdo con lo expuesto y liquidado en la parte motiva de este laudo arbitral.

Décimo segundo. Declarar causado el saldo de los honorarios de los árbitros y del secretario.

Décimo tercero. Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de la presente providencia

con destino a cada una de las partes, al Ministerio Público y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo cuarto. Disponer que, en firme esta providencia, se protocolice el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010).

Gilberto Peña Castrillón, presidente—Jorge Pinzón Sánchez, árbitro—Eduardo Zuleta Jaramillo, árbitro.

Fernando Pabón Santander, secretario.