

Laudo Arbitral

Construcciones Rincón Canal Ltda.

v.

Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C.

Marzo 27 de 1998

Acta 20

Audiencia de fallo

En Santafé de Bogotá el día 27 del mes de marzo de 1998 a las 2:30 p.m. se reunieron en la sede del tribunal los doctores Martha Cediél de Peña, quien preside la audiencia, Andrés Ordóñez O. y Jorge Pinzón Sánchez, árbitros, y Ricardo Vanegas Beltrán, secretario, con el fin de dictar el laudo que pone fin al presente proceso arbitral. Asistieron igualmente los doctores Gilma Arciniegas E. y César Prado Villegas, apoderados de las partes.

Abierta la audiencia, el secretario dio lectura al laudo arbitral, según lo dispone el artículo 33 del Decreto 2279 de 1989.

I. Antecedentes

1.1. Trámite inicial e integración del tribunal

La sociedad denominada Construcciones Rincón Canal Ltda., en adelante Rincón Canal Ltda., representada por apoderada judicial, presentó el 5 de febrero de 1997 solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento junto con demanda de mayor cuantía en contra de Inversiones Fernández Veloso S. en C.

Por auto del 11 de febrero del mismo año, la directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá decidió admitir la solicitud de convocatoria del tribunal, ordenó notificar la demanda y correr traslado por el término de 10 días de la misma y reconoció personería para actuar a la apoderada designada para actuar en el proceso por Construcciones Rincón Canal Ltda.

La notificación personal de la demanda al representante legal de Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. S. se produjo el día 19 de febrero de 1997.

El 5 de marzo de 1997, Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C., también por intermedio de apoderado judicial, dio contestación a la demanda, pronunciándose sobre las pretensiones, sobre los hechos y formulando excepciones de mérito. Del anterior escrito se corrió traslado en los términos del artículo 108 del Código de Procedimiento Civil, el día 14 de marzo de 1997.

La apoderada de la parte convocante presentó el 18 de marzo de 1997 un escrito en el que estando en el término del traslado correspondiente, solicitó al tribunal nuevas pruebas relacionadas con las excepciones de mérito formuladas por la parte convocada.

El día 4 de abril de 1997, se celebró audiencia de conciliación a la cual concurrieron los representantes legales de Construcciones Rincón Canal Ltda. y de Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. junto con los apoderados de las dos citadas sociedades. Esta audiencia se suspendió para ser continuada el día 25 de abril del mismo año.

Continuada la audiencia de conciliación en la fecha anunciada, se hizo imposible llegar a un acuerdo que zanjara las diferencias entre las partes, por lo que la misma se dio por terminada.

La junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, procedió a la designación de árbitros y designó como tales a Martha Cediél de Peña, Andrés Ordóñez Ordóñez y Jorge Pinzón Sánchez, quienes oportunamente manifestaron su aceptación.

El 13 de junio de 1997, en las oficinas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, se instaló el Tribunal de Arbitramento y en la misma audiencia se nombró presidente y secretario del mismo, se fijaron honorarios para los árbitros y para el secretario, los gastos de funcionamiento y de administración del tribunal y los de protocolización, registro y otros.

Las partes oportunamente consignaron lo que a cada una se fijó para cubrir los honorarios, gastos y demás emolumentos que se fijaron a cada una de ellas en la audiencia de instalación del tribunal.

1.2. Hechos y pretensiones de la demanda

Construcciones Rincón Canal Ltda. formuló al tribunal las pretensiones que se relacionan más adelante, con fundamento en los hechos que también serán transcritos a continuación:

1.2.1. Pretensiones

Solicitó que en laudo con el cual termine el proceso arbitral se hagan las siguientes o similares declaraciones y condenas:

Primera. Que la sociedad Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. incumplió, en forma grave y reiterada, el negocio jurídico de cuentas en participación (sic) que se ajustó entre esta sociedad y Construcciones Rincón Canal Ltda., el que se documentó el 11 de febrero de 1994 y se reformó parcialmente el 16 de febrero del mismo año;

Segunda. Que como consecuencia de la precedente declaración, la sociedad Inversiones Fernández Veloso S. en C. sea condenada a indemnizarle a Construcciones Rincón Canal Ltda., todos los perjuicios ocasionados, según la suma que se determine en el proceso. Este pago y los demás que se prevén más adelante, deben hacer dentro de los seis (6) días siguientes, vencidos estos sin la pertinente satisfacción se causarán los intereses de mora comerciales;

Tercera. Que la sociedad Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. sea igualmente condenada a pagarle a la sociedad Construcciones Rincón Canal Ltda., dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria del laudo, la suma de ciento cincuenta y dos millones setecientos noventa y un mil cuatrocientos noventa y cuatro pesos (\$ 152.791.494) o la suma superior que se determine, a título de utilidad en el negocio jurídico de cuentas en participación;

Cuarta. Que, igualmente, la sociedad Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C., sea condenada a pagarle a la sociedad Construcciones Rincón Canal Ltda., dentro del mismo lapso de los seis (6) días, los intereses comerciales de mora de la suma prevista en el acápite precedente o de la cantidad que se determine a título de ganancia de las cuentas en participación, desde el día cinco (5) de julio de 1995 hasta el momento en que se verifique la solución efectiva de la obligación, más la corrección monetaria respectiva causada en el período comprendido entre la fecha precitada y la del laudo arbitral.

Quinta. Que, así mismo, la sociedad Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. sea condenada a pagarle a la sociedad Construcciones Rincón Canal Ltda., dentro del mismo lapso de seis (6) días siguientes a la ejecutoria del laudo, la suma que resulte probada por concepto del impuesto de renta y complementarios de dicha sociedad debe pagar a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, por concepto de la liquidación del contrato de cuentas en participación celebrado entre las citadas sociedades, más los intereses de mora que se generaron por el retardo en su contra.

Sexta. Que, finalmente, la sociedad convocada sea condenada a pagar todos los costos del proceso arbitral”.

1.2.2. Hechos

1. Por conducto de sus representantes, las sociedades Construcciones Rincón Canal Ltda. e Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. celebraron un contrato de cuentas en participación, documentado el 11 de febrero de 1994, cuyo objeto fue la construcción del Edificio Victoria I, compuesto por veintidós (22) apartamentos y diecinueve (19) garajes, en el lote ubicado en esta ciudad en la Avenida 42 N° 16A-08, para luego ser vendidas a terceros las unidades privadas resultantes, salvo el séptimo piso que a buena cuenta se le reservó a la primera

sociedad, y repartir las ganancias entre ambas partes.

2. La sociedad Construcciones Rincón Canal Ltda., en calidad de partícipe inactiva, hizo un aparte (sic) de cuarenta y ocho millones quinientos mil pesos (\$ 48.500.000), consistente en el lote, los diseños del edificio y la licencia e Inversiones Fernández Veloso S. en C., como partícipe gestora, aportó similar cantidad, en honorarios, gerencia de la obra, programación de la misma, comisión por la venta de las unidades privadas y siete millones de pesos (\$ 7.000.000) en efectivo.

3. La cuantía del contrato se elevó de noventa y siete millones de pesos (\$ 97.000.000) a ciento noventa y cuatro millones de pesos (\$ 194.000.000), en virtud de la adición del documento contentivo del acto, ocurrida el 16 de febrero de 1994.

4. Se previó que la obra tendría una contabilidad independiente; que los dineros provenientes de préstamos y ventas de apartamentos se manejarían en corporaciones de ahorro y en cuenta bancaria corriente independientes; que bimestralmente la partícipe activa exhibiría “la cuenta de la obra” a la partícipe inactiva, y que Inversiones Fernández Veloso S. en C. presentaría la liquidación final del negocio dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la fecha en que fuera vendido el último apartamento, según el procedimiento que se incorporó en la cláusula novena (9ª) del contrato.

5. La Corporación Concasa aprobó un préstamo hasta la suma de quinientos ochenta millones de pesos (\$ 580.000.000), para la construcción del edificio, mediante la hipoteca abierta del lote aportado y la garantía personal de los socios de ambas contratantes de las cuentas en participación.

6. La sociedad Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. no atendió lo previsto sobre la contabilidad independiente. Al contrario, revolió las cuentas con otros negocios e incluyó de la mala fe, rubros de obras diferentes en las cuentas de la construcción del edificio, como se hizo constar en el documento remitido por el señor Tito Rincón Lancheros a la sociedad gestora el 8 de agosto de 1995 (con constancia de recibo del 18 de agosto).

7. Al mismo tiempo, la sociedad demandada omitió presentar las cuentas bimestrales a la partícipe inactiva, que exige el contrato citado.

8. Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C., maliciosamente elaboró las facturas de los proveedores de la obra Edificio Victoria sin distintivo, en orden a sembrar confusiones contables y derivar provecho.

9. Si lo anterior fuese poco, la sociedad Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. cuando retiraba fondos de la cuenta de ahorros de la Corporación Concasa (011-07393-9, sucursal La Soledad), para cancelar los gastos de la obra del Edificio Victoria y, no hacía un comprobante de egreso, especificando el valor del retiro y las facturas que se cancelarían con dicho retiro, como era lo técnico y debido.

10. Lo expuesto en precedencia, fue aprovechado por Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. para darle un destino diferente y en su exclusivo beneficio, a la suma de trescientos treinta y cuatro millones novecientos noventa y dos mil cuatrocientos setenta pesos (\$ 334.992.470), de los dineros provenientes del préstamo otorgado por la Corporación Concasa y de los recaudos de las cuotas iniciales por la venta de las unidades privadas del edificio, ocasionando graves problemas a la obra, como los pagos de intereses de mora a Concasa, incumplimiento a proveedores, demoras en la terminación de la construcción, etc., con repercusión inmediata y desfavorable en la ganancia correspondiente a la operación propia del contrato para mi representada.

11. La venta del último apartamento (63) ocurrió el 18 de mayo de 1995, como consta en la escritura pública 1602 de la Notaría 45 del Círculo de Santafé de Bogotá.

12. A partir de ese momento, empeñó a correr el término de que disponía la sociedad Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. para presentar la liquidación efectiva del contrato a Construcciones Rincón Canal Ltda., oportunidad que venció el cuatro (4) de julio de 1995.

13. No obstante los reiterados requerimientos del representante contractual de la sociedad partícipe inactiva para

que Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. presentara la correspondiente liquidación, según los inequívocos términos del contrato (cláusula 9ª), siempre obtuvo la misma respuesta cínica: imposibilidad por problemas técnicos para tener al día la contabilidad de la construcción del edificio.

14. Por fin, el día seis (6) de enero del año próximo pasado la sociedad convocante recibió de Inversiones Fervel S. en C. una seudoliquidación del contrato, en donde se alude incluso a que ciertos extremos "... definirán en reunión de gerencia" y donde brillan por su ausencia los rubros de distribución que se previeron en la propia cláusula novena (9ª).

15. La sociedad Construcciones Rincón Canal Ltda., en forma oportuna y mediante documento datado el día 31 de enero de 1996 (recibido por Fervel el 6 de febrero), formuló la correspondiente objeción a la liquidación extemporánea que presentó la partícipe activa y allegó una liquidación ajustada a la realidad, que, como era de esperarse, nunca fue respondida a satisfacción por Inversiones Fervel S. en C.

16. Mientras tanto, los dineros provenientes de la utilidad del contrato son usufructuados a sus anchas por Inversiones Fervel S. en C., no obstante que, según el mismo contrato, deberían estar en una corporación devengando intereses y corrección monetaria, en grave detrimento de los intereses de Construcciones Rincón Canal Ltda.

17. Debido a la demora de Inversiones Fervel S. en C. en la presentación de la liquidación del contrato de cuentas en participación, no se ha podido determinar el valor exacto que le corresponde pagar a cada una de las socias por concepto del impuesto de renta y complementarios, durante los años de 1994 y 1995, lapsos estos que corresponden a la construcción del Edificio Victoria I, pese a las reiteradas solicitudes de la partícipe inactiva.

18. A Construcciones Rincón Canal Ltda. se le están generando intereses de mora en sus obligaciones tributarias, porque Inversiones Fervel S. en C., no suministraba los soportes pertinentes ni mucho menos el dinero para cancelarlas fuera de la mora en la presentación de la liquidación.

19. Escasamente el 2 de mayo de 1996 se pudieron correr las escrituras de venta de los apartamentos del séptimo piso del edificio, porque la sociedad Inversiones Fervel S. en C. no suministraba lo necesario para tal efecto, en detrimento de la propia sociedad Construcciones Rincón Canal Ltda.

20. En la cláusula décima del contrato se previó que cualquier diferencia suscitada con ocasión del contrato se sometería a un Tribunal de Arbitramento mediante árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá, quienes fallarían en derecho, y

21. He recibido poder en debida forma".

1.3. Contestación de la demanda y excepciones

El apoderado de la convocada se pronunció sobre las pretensiones y los hechos de la demanda y formuló excepciones de mérito, así:

1.3.1. Sobre las pretensiones

Rechazo la totalidad de las pretensiones de Rincón Canal y solicito que sean desestimadas por los señores árbitros por carecer de fundamento legal y contractual alguno.

1.3.2. Sobre los hechos

Procedo a contestar los hechos en el mismo orden presentado en la demanda y manifiesto de manera enfática que rechazo las expresiones utilizadas por la parte demandante sobre actuaciones de mala fe y maliciosas con que califica algunos hechos de la demanda.

1. Es cierto.

2. Es cierto.

3. Es cierto.

4. Es cierto.

5. Es cierto.

6. No es cierto. Fervel cumplió cabalmente con su obligación de llevar la contabilidad del proyecto a través del concepto de centro de costo como lo demostraré a lo largo de este proceso.

7. No es cierto. Fervel presentó permanentemente cuenta de la obra y la información siempre estuvo disponible para Rincón Canal.

8. No es cierto. Fervel no elaboró facturas de cobro a nombre de los proveedores.

9. No es cierto. En el proceso de pago, las cuentas presentadas por contratistas o proveedores están debidamente soportadas.

10. No es cierto. Con un criterio de administración eficiente de los recursos, Fervel utilizó sumas del proyecto **con la aquiescencia de Rincón Canal**, dinero que se devolvió y sobre el cual se reconocieron intereses.

No es cierto que esta utilización de dineros hubiera ocasionado graves problemas a la obra, como se demostrará, y en particular porque:

a) El pago de intereses de mora a Concasa fue asumido por Fervel;

b) Si hubo retrasos en el pago de proveedores, estos se debieron a verificaciones administrativas comunes en proyectos de esta índole, y

c) No existió demora alguna en la terminación de la construcción.

11. Es cierto.

12. Es cierto que a partir de la fecha de escrituración del apartamento 603 empezaría a correr el término de 45 días para presentar la liquidación del contrato. Su extensión en la práctica resultó del desarrollo que sobre el particular le dieron las partes al tema, como se probará.

13. No es cierto.

14. No es cierto. Ante la imposibilidad de llegar aun acuerdo sobre los términos de la liquidación, el 6 de diciembre de 1995 se envió a Rincón Canal la liquidación completa del contrato.

15. Es cierta la existencia del documento mencionado y la fecha de recepción.

No es cierta la afirmación de que la liquidación presentada por Fervel fuera extemporánea.

Tampoco es cierto que la liquidación presentada por Rincón Canal estuviera ajustada a la realidad.

Finalmente, tampoco es cierto que Fervel nunca hubiera respondido a satisfacción.

16. No es cierto.

17. No es cierto.

18. No es cierto. Fervel presentó y pagó los impuestos correspondientes durante el tiempo que duró la ejecución del proyecto.

19. Es cierto que el 2 de mayo de 1996 se corrieron las escrituras de venta de los apartamentos del séptimo piso del Edificio, correspondientes a Rincón Canal por concepto de devolución del aporte y utilidad del negocio, pero no son ciertas las razones aducidas por la parte demandante.

20. Es cierto.

1.3.3. Excepciones de mérito

Me permito proponer las siguientes excepciones de mérito:

1. Falta de legitimación en la causa de la parte demandante por el cumplimiento a cabalidad del contrato de cuentas en participación por parte de Fervel como partícipe activo.
2. Inexistencia de perjuicio material o moral alguno por cuanto Fervel cumplió con el contrato.
3. Inexistencia de saldo a favor de Rincón Canal por concepto de utilidades en el negocio de cuentas en participación.
4. Injustificada oposición de Rincón Canal a la liquidación presentada por Fervel.
5. Inexistencia de retardo en el pago de los impuestos causados durante la ejecución del contrato.
6. Cualquier otra excepción que resulte probada y cuya declaración corresponda efectuar a los árbitros de manera oficiosa”.

II. Competencia del tribunal y actividad probatoria

En la primera audiencia de trámite que se celebró el día 30 de julio de 1997 con asistencia de los apoderados de las partes, el tribunal luego de examinar la capacidad de las partes, la materia del conflicto sometido a consideración del tribunal, la representación de las partes y los requisitos de forma de la cláusula compromisoria a términos del Decreto 2279 de 1989, se declaró competente para conocer y decidir sobre las controversias que son materia de este trámite y, en consecuencia asumió el conocimiento del asunto.

No habiendo excepciones previas que resolver el tribunal decretó las pruebas que se pidieron por las partes.

En audiencia celebrada el día 5 de Agosto de 1997 tomaron posesión del cargo los peritos Ana Matilde Cepeda y Valentín Sáez Caicedo y se escucharon los testimonios de los señores Felipe Guillermo Dávila Varela, Gustavo Alberto Castelblanco Rubio y Gabriel Alberto Nagy Patiño.

Los testimonios de los señores Orlando Castellanos Vargas, Beatriz Eugenia Blair Trujillo y Claudia Catalina Burbano López se rindieron en la audiencia del 12 de agosto de 1997.

En la audiencia que se cumplió el 25 de agosto de 1997, el tribunal en compañía de los peritos practicó inspección judicial con exhibición de documentos en las instalaciones de Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. S., incorporó al expediente algunos documentos en fotocopia e indicó a los peritos nuevos puntos sobre los que debía versar el experticio. Se señaló término igualmente para que los peritos rindieran su dictamen, y se decretó la suspensión del proceso desde la fecha de la audiencia citada hasta el 13 de octubre de 1997 inclusive.

Este término de suspensión debe adicionarse al de seis (6) meses del que dispone el tribunal para proferir el laudo.

El 14 de octubre de 1997 se celebró audiencia en que se recibieron documentos y oficios provenientes de la (*) Superintendencia Bancaria y la Corporación Concasa, se amplió el término para que los peritos rindieran su dictamen, se aceptó el desistimiento del testimonio del señor Guillermo Parra y las partes convocante y convocada rindieron las declaraciones de parte que habían sido decretadas.

El 30 de octubre de 1997, se corrió traslado a las partes para los efectos del numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, del dictamen pericial que fue presentado en tiempo y se señalaron honorarios a los auxiliares de la justicia.

Dentro del término previsto para ello la parte convocante objetó por error grave el dictamen pericial mientras que la convocada solicitó aclaración y adición del mismo; en la audiencia que se celebró el 11 de noviembre de 1997 el tribunal ordenó a los peritos rendir las aclaraciones y complementaciones solicitadas por la parte convocada y se

abstuvo de tramitar la objeción planteada por la convocante hasta tanto se produjeran las aclaraciones y complementaciones anteriormente mencionadas.

Presentadas por los peritos dentro del término previsto las aclaraciones y complementaciones solicitadas por la convocada, en audiencia cumplida el 25 de noviembre de 1997 se corrió traslado de las mismas para los efectos previstos en el numeral 4º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

Dentro del término del traslado la apoderada de la convocante presentó adición a la objeción formulada contra el dictamen pericial y dentro del mismo plazo el apoderado de la convocada formuló objeción por error grave en contra del mismo dictamen.

En audiencia del 16 de Diciembre de 1997 se corrió traslado de las objeciones que por error grave formularon cada una de las partes en contra del dictamen pericial. Dentro del término de este traslado la parte convocante se pronunció sobre la objeción formulada por la convocada y esta a su vez, se pronunció sobre la objeción inicial y sobre la adición a la objeción que planteó la primera. En esta misma audiencia, por solicitud que formularon conjuntamente las partes se suspendió el proceso a partir del día 17 de diciembre de 1997 inclusive, hasta el día 13 de enero de 1998.

El tribunal negó el decreto de la prueba pericial que solicitaron ambas partes, así como las precisiones al peritazgo y la solicitud del oficio que pidió la parte convocante en el escrito presentado el 15 de enero de 1998 que se encuentra en los folios 285 y siguientes del cuaderno principal, en la audiencia que se verificó el 21 de enero de 1998.

Debidamente citadas para el efecto las partes presentaron sus alegatos de conclusión en forma oral en audiencia que se llevó a cabo el día 30 de enero de 1998 e hicieron entrega de sendos resúmenes escritos de los mismos al tribunal.

Haciendo uso de sus facultades oficiosas, el tribunal ordenó por auto proferido el 17 de febrero de 1998 que los peritos ampliaran el dictamen, lo cual hicieron estos dentro del plazo que se les fijó. De esta ampliación se corrió traslado a las partes en audiencia celebrada el 26 de febrero de 1998.

La apoderada de la parte convocada presentó en el término del traslado un escrito en el que pide aclaración y otro en que objeta por error grave la ampliación del dictamen.

El apoderado de la convocada presentó un escrito en el que manifiesta su desacuerdo con algunos puntos anotados en el mismo, en relación con la ampliación del dictamen.

Dentro del término de traslado, la apoderada de la convocante presentó un escrito en el que se refiere al presentado por la convocada cuyo contenido se describió en el párrafo anterior. El apoderado de la convocada en el mismo término, presentó un escrito haciendo referencia a la objeción por error grave formulada por la convocante frente a la ampliación del dictamen.

En audiencia del 12 de marzo de 1998, el tribunal negó la prueba pericial pedida por la parte convocante en el escrito en que objetó por error grave la ampliación del dictamen pericial, providencia que fue recurrida por la convocante y confirmada por el tribunal.

Las objeciones por error grave contra el dictamen pericial formuladas por las partes serán decididas en esta providencia con base en los fundamentos que se expondrán en la parte pertinente de la misma.

III. Consideraciones del tribunal

3.1. La interpretación de la demanda

En la controversia objeto de este proceso arbitral, las pretensiones de la demanda, enunciadas la mayoría de ellas en forma general en el capítulo correspondiente, en algunos casos más no en todos, aparecen desarrolladas y con mayor aproximación a lo largo del escrito que las contiene, que a su vez acoge consideraciones y planteamientos no precisados en la primera parte.

Surge en todo caso y claramente de su lectura, que la demanda apunta al reconocimiento y pago, tanto de los perjuicios que se le hubieren causado a la actora por el incumplimiento de un negocio de cuentas en participación, como de la utilidad que considera se generó en su favor con la ejecución del mencionado negocio.

Estas pretensiones se presentan con fundamento en afirmaciones relativas al incumplimiento de obligaciones tales como la de liquidar el contrato, que debía llevarse a cabo conformidad con dicho acuerdo y con los posteriores, en especial con el acta suscrita el 19 de septiembre de 1995.

El tribunal señala lo anterior con el fin de precisar que la liquidación que efectuará no implica asunción de competencia por fuera de la demanda, ni para modificar o adicionar subjetivamente las pretensiones de la misma, sino el desarrollo de acciones necesarias para cumplir la tarea que le ha sido encomendada por las partes.

El tribunal advierte, no obstante lo anterior, que la demanda contiene, respecto de las pretensiones en general mas no respecto de todas, suficientes elementos de juicio, para determinar y precisar su alcance.

En efecto, los términos en que ha sido formulada la demanda y los diferentes elementos que con ella se suministran, permiten al tribunal determinar en la mayoría de los casos, la intención de la convocante y concretar los extremos que deben ser objeto de su decisión, supliendo algunas deficiencias de forma de su texto.

Las pretensiones sobre las cuales debe pronunciarse el tribunal se integran con el monto de la utilidad que se hubiere generado a favor de la convocante con ocasión del negocio y con la indemnización de los perjuicios que el no pago oportuno de dicha utilidad le haya ocasionado, perjuicios que la demandante en su primera pretensión presenta de manera general, pero que en la tercera solicita se ordene su reparación con la condena al pago de intereses comerciales de mora sobre la utilidad dejada de devengar, calculados desde el 5 de julio de 1995, fecha que según su dicho corresponde a aquella en que ha debido presentarse por la convocada la liquidación, y hasta la fecha de la solución efectiva de la pretendida obligación, más “la corrección monetaria en el período comprendido entre la fecha precitada y la del laudo arbitral”.

La convocante formula, además, pretensión de condena al pago de “la suma que resulte probada por concepto de impuesto de renta y complementarios” que “debe pagar a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, por concepto de la liquidación del contrato” ... “más los intereses de mora que se generaron por el retardo en su contra”.

Por último, se pretende, que el tribunal condene al pago de los costos del proceso arbitral.

En síntesis en el caso sometido a su conocimiento este tribunal definirá en primera instancia si existió relación contractual, a continuación, si hubo incumplimiento de las obligaciones y, en caso de una respuesta positiva, entrará a valorar si hubo daño y si el deudor incumplido debe soportar las consecuencias dañosas de su incumplimiento, o si por el contrario, es el propio acreedor quien, además de no recibir la prestación debida, debe soportar las consecuencias del incumplimiento.

En lo que se refiere a la indemnización el tribunal en concordancia con la jurisprudencia y la doctrina sobre la materia, condenará al pago de los perjuicios causados si además de la prueba de la existencia de la relación contractual, obran en el proceso, las pruebas del incumplimiento o en caso de negación indefinida la alegación y acreditación por parte del acreedor, de que se le causó un perjuicio cierto, directo y en principio previsible. En todo caso, y también en concordancia con la jurisprudencia y doctrina vigentes será necesario que se hayan allegado las pruebas para la cuantificación del daño.

3.2. Naturaleza jurídica de la participación

En el proceso aparece probada la existencia del contrato que las partes denominaron de cuentas en participación formalizado mediante escrito privado del 11 de febrero de 1994 y reformado el 16 de febrero inmediatamente siguiente. El mencionado contrato será analizado por el tribunal, a la luz del pacto mismo con fundamento en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, de la legislación sobre la materia y de la jurisprudencia y doctrina, según que ellas sirvan para precisar los alcances del mismo.

Para el tribunal, la definición de la naturaleza jurídica de la participación no tiene un objeto teórico o académico; y es necesario para precisar el alcance de algunas estipulaciones de los partícipes y de la remisión consagrada en los artículos 513 y 514 del Código de Comercio. En efecto, no es posible recurrir a principios y reglas propios de la sociedad en comandita simple o de la sociedad en general, sin antes establecer la naturaleza jurídica de la participación.

Son evidentes las semejanzas entre la sociedad, en particular la en comandita simple, y la participación; pero no son suficientes para establecer las diferencias, mucho menos frente a las disposiciones previstas en un derecho objetivo específico, el colombiano, en el cual, como ocurre en muchos países, la ubicación sistemática del régimen legal de la participación en el libro de sociedades y la remisión a sus reglas generales y a las propias de la sociedad en comandita simple, permiten partir de la base de la existencia de analogías de fondo.

3.2.1. La diferencia específica entre la sociedad y la participación

El tribunal parte de la base de una identidad genérica entre la participación y la sociedad en lo que se refiere a su carácter de contratos plurilaterales y de colaboración, de carácter asociativo y con ánimo de lucro, que esencialmente implican la obligación de aportar en cabeza de todos los contratantes, así como el derecho esencial de todos ellos a participar en la utilidad que pueda derivarse de las operaciones mercantiles en las que tienen un interés común. No obstante dicha identidad de género, el tribunal identifica como elemento distintivo de la participación frente a toda clase de sociedades la ausencia de un fondo social, esto es, la falta de afectación de los aportes al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad que constituye el objeto del negocio asociativo. Dicha afectación es completa en las sociedades que gozan de personalidad jurídica y se obtiene a través del patrimonio social; y es apenas embrionaria o incompleta en la sociedad de hecho, carente de personificación, en la cual existe sobre los bienes que se utilizan para el desarrollo de la empresa social una afectación legal en virtud de la cual con ellos se satisfacen las obligaciones contraídas en interés de la sociedad de hecho con preferencia respecto de los demás acreedores quirografarios del socio de hecho dueño del respectivo bien (C. Co. art. 504).

Dejando a salvo las diferencias legislativas del caso, se pone de relieve que es este el mismo criterio de diferenciación expuesto en la doctrina española por Emilio Langle, al reparar en que “no se constituye un fondo común, sino que el partícipe hace una aportación al negocio del titular, lo que solo determina una relación obligacional interna entre ambas partes” (Langle, Emilio. **Manual de derecho mercantil español**, Bosch, Barcelona, tomo I, 1950, pág. 370). Aunque en algunas legislaciones la participación implica un fondo social, según lo explica en su estudio comparativo sobre el particular Felipe Solá de Cañizares (**El contrato de participación en el derecho español y en el derecho comparado**, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 161), su ausencia en el derecho colombiano permite especificarla frente a la sociedad, lo cual no obsta para destacar la proximidad existente entre ambas figuras, reconocida por la propia ley al remitir a las normas societarias para efectos de la integración del régimen legal de la participación. En efecto:

a) En toda sociedad mercantil, con o sin personalidad, se repite, existe un fondo social legalmente afecto al desarrollo de la empresa que constituye su objeto. En la participación, en cambio, el gestor es el único que se reputa dueño del negocio ante terceros, sin que pueda establecerse una afectación legal de algunos de sus bienes para el desarrollo de las operaciones en las cuales ha tomado interés junto con los partícipes inactivos, lo cual implica que tampoco puede distinguirse entre las obligaciones a su cargo, pues frente a terceros es indiferente cuáles se han contraído con ocasión de la participación;

b) La ausencia de afectación legal de los bienes al desarrollo de las operaciones que interesan a los partícipes no se opone a la utilización de mecanismos contractuales que logren esa destinación especial, como por ejemplo una fiducia mercantil; sin embargo, aún en esas hipótesis, cuando los partícipes contribuyen a las operaciones en que toman interés mediante una aportación, no reciben a cambio ninguna cuota o parte de interés social que pueda considerarse como parte alícuota de capital alguno. Hay que decir que dicha situación se presenta por excepción en las sociedades, cuando en ellas es posible aportar industria o trabajo sin estimación de valor, esto es, sin redimir cuotas de capital (C. Co. art. 138) ; sin embargo, es necesario precisar que esta excepción no borra la diferencia específica entre la participación y la sociedad, pues incluso si se admitiera que el partícipe inactivo aportara trabajo

—aportación negada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de la Sala Laboral del 30 de julio de 1980 (publicada en **Jurisprudencia y Doctrina**, tomo X, pág. 712)— en todo caso el partícipe activo tampoco libera ninguna hipotética cuota o parte de interés como consecuencia de una supuesta aportación de bienes que ya se encontraban en su propio patrimonio;

c) Como corolario de lo anterior —y en contra de una autorizada doctrina nacional (Narváez, José Ignacio, *Sociedades por cuotas o por partes de interés*, 1ª edición, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá 1995, pág. 104)— resulta que la sustitución de un partícipe no opera como consecuencia de una enajenación, a cualquier título, de cuotas o partes de interés social, como ocurre en aquellas sociedades cuyo capital se fracciona o representa en participaciones de esa clase. En estos casos tendría que configurarse una cesión de contrato, en los términos y de acuerdo con las exigencias previstas en la ley mercantil al respecto (C. Co. arts. 887 y ss.) y en el respectivo contrato de participación a transferir.

Definida así la especificidad de la participación, es necesario agregar que es ella entonces una más de las figuras contractuales que los particulares, en ejercicio de la autonomía privada, pueden escoger para regular entre ellas el desarrollo de una actividad económica de la cual pretendan obtener utilidades repartibles. Esa libre elección, como es obvio, implica la asunción de las ventajas y desventajas propias del tipo contractual escogido, así como de las que se deriven de las estipulaciones accidentales que hayan pactado y que sean compatibles con este y con el orden legal.

3.2.2. Características de la participación y prueba de la misma en el contrato objeto de este proceso

Respecto del contrato de cuentas en participación que es objeto de este proceso concurren todas las características que según lo dispuesto en el artículo 507 del Código de Comercio corresponden este tipo de acuerdos así:

a) Su consensualidad. Aunque el contrato de participación es consensual (C. Co. arts. 508 y 824), su celebración y existencia están probados en este caso mediante el escrito, debidamente timbrado, en el cual las partes recogieron las correspondientes estipulaciones;

b) La calidad de comerciante de las partes del contrato. Está probado que tanto el partícipe inactivo como el partícipe gestor son sociedades comerciales;

c) La determinación de una o varias operaciones mercantiles. Está probado que las partes tomaron interés en la construcción y venta del Edificio Victoria I, operación que es mercantil en los términos de los numerales 15 y 17 del artículo 20 del Código de Comercio;

d) La obligación de aportar de todos los partícipes. Está probado que el denominado partícipe inactivo aportó el inmueble de su propiedad en el cual se construyó el edificio, diseños arquitectónicos, hidráulicos y sanitarios, y la licencia de construcción del proyecto; y que el partícipe activo o gestor aportó dinero efectivo, y las actividades correspondientes a la gestión de la construcción, la gerencia de obra, la programación de la obra y la gestión de las ventas. En atención a la naturaleza de la operación en la cual tomaron interés, las partes estipularon otras obligaciones, previstas en las cláusulas tercera y cuarta del contrato, y algunas de las cuales serán específicamente examinadas en este laudo;

e) La gestión exclusiva por parte del partícipe activo y, más aún, su carácter de titular o “dueño” del negocio frente a terceros. Está probado que el partícipe gestor asumió la gestión de la construcción y venta del Edificio Victoria I en su solo nombre y bajo su crédito personal;

f) La obligación del partícipe gestor de rendir cuentas de su gestión. Dicha obligación fue objeto de regulación contractual, y con base en las pruebas aportadas al proceso el tribunal examinará en detalle si la misma fue cumplida o no. Se trata de la obligación correlativa al derecho de inspección (C. Co. art. 512) que tiene el partícipe inactivo, y que también fue regulado en el contrato. Debe señalarse que, a su vez, dicho deber del partícipe gestor implica naturalmente (C.C. art. 1501 y C. Co. art. 871) la obligación de llevar las cuentas con la claridad necesaria y adecuada para que el partícipe inactivo pueda ejercer eficazmente su derecho de inspección, lo cual supone que no se confundan las cuentas con las demás del partícipe activo;

g) División de ganancias o asunción de pérdidas entre los partícipes en la proporción convenida. Está probado que los partícipes fijaron a los aportes de cada uno un valor total igual, estipulación cuya finalidad no es la de calcular un número de cuotas o partes de interés de igual valor, sino simplemente establecer, además del valor fiscal del contrato, la razón de la distribución por igual entre ellas del remanente final que resultara de la aplicación de lo dispuesto en la cláusula novena para efectos de la liquidación del contrato.

En dicha cláusula novena, las partes señalaron la forma en que se distribuirían “las ganancias o las pérdidas a las que hubiere lugar por razón del desarrollo de este contrato”; y lo hicieron en desarrollo de la autonomía que en esta materia les reconoce la ley, como quiera que en los términos del artículo 507 del Código de Comercio, dicha división se lleva a cabo “en la proporción convenida”, y según lo dispuesto en el artículo 508, “el objeto, la forma, el interés y las demás condiciones se registrarán por el acuerdo de los partícipes”.

De los diversos ángulos de ese acuerdo, le interesa destacar ahora al tribunal la estipulación según la cual en los costos totales del proyecto “... no se incluirá el valor de los aportes del partícipe inactivo y los aportes del partícipe gestor”. La misma, acordada en ejercicio de la autonomía contractual que con tanta amplitud puede desplegarse en la participación, e independientemente de sus implicaciones contables y tributarias, es legal y simplemente significa que el valor atribuido a los aportes no se toma en consideración para efectos de la liquidación de las cuentas. En una sociedad, la recepción de los aportes transferidos a ella sirve de punto de partida de la conformación del patrimonio social —y contablemente de los activos sociales— y genera el pasivo interno —y contablemente la cuenta de capital pagado—, mientras que en la participación, según se ha dicho, no existe ningún fondo social, ni, mucho menos, un patrimonio social o autónomo derivado del contrato. Por esa razón, la posibilidad de construir en el lote de Construcciones rincón Canal Ltda. y de vender los inmuebles resultantes, todo lo cual implicaba la asunción y el cumplimiento de obligaciones de hacer por parte del partícipe inactivo, así como las acciones a desarrollar por el partícipe activo en cumplimiento de sus propias obligaciones, no se valoraron como costos, sino solo para efectos de determinar el valor fiscal del contrato y para determinar una participación igual en las ganancias para cada partícipe.

Como se verá más adelante, al suscribir la promesa de compraventa de los apartamentos del séptimo piso, las partes atribuyeron al aporte del socio inactivo la calidad de medio de pago para la extinción por un monto igual del valor de los mencionados inmuebles, quedando pendiente de pago un remanente que según los términos del mencionado documento se extinguiría con recursos resultantes de la liquidación.

Como es natural, esta fórmula, libremente acogida por los contratantes, puede y debe tener consecuencias de carácter tributario y contable, cualesquiera que ellas sean. Para el tribunal solo es relevante señalar que la totalidad de las erogaciones de carácter tributario que efectivamente correspondan al negocio deben ser asumidos internamente por partes iguales, como corresponde a la naturaleza del contrato. En consecuencia, puesto que en el caso que aquí se analiza ambos partícipes tendrían que asumir la posición de deudores ante diversas autoridades tributarias con ocasión de la participación, el importe total de los tributos constituye un costo imputable a la participación o, en otras palabras, debe ser soportado por ambas por partes iguales, como corresponde al hecho de que las cuentas en participación no son contribuyentes, tal y como lo expresa el parágrafo 1º del artículo 11 del Decreto Reglamentario 2595 de 1979 en relación con los contratos de participación en ganadería situación que el tribunal estima extensiva a todas las formas de participación en lo que se refiere a la forma de distribuir contractualmente los costos de esa naturaleza;

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

exclusiva propiedad y sin ninguna limitación oponible.

Esta posición jurídica, acorde con las facultades requeridas para desarrollar la participación, implica entonces un gran poder y, por ende, impone responsabilidades. En consecuencia, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 513 y 514 del Código de Comercio, el partícipe activo está sujeto a los deberes de los socios gestores en la sociedad en comandita simple.

En este caso, el cumplimiento de los deberes del partícipe activo resulta especialmente importante en la medida en que en el propio contrato fue autorizado expresamente, según ya se advirtió, para revelar a terceros la calidad de partícipe inactivo de Construcciones Rincón Canal Ltda., lo cual aparejaría la solidaridad respecto de una gestión a cargo únicamente del partícipe activo; más aún, en el párrafo primero de la cláusula novena de este contrato, las partes estipularon que en desarrollo del mismo ambas responderían solidariamente ante terceros;

i) El derecho de inspección que posee el partícipe inactivo. El partícipe inactivo está legalmente facultado para “revisar todos los documentos de la participación y a que el gestor le rinda cuentas de su gestión” (C. Co. art. 512). Como consecuencia de lo anterior, hay que entender que dicho derecho de inspección puede ser ejercido en cualquier tiempo y a través o con el concurso de cualquier persona, tal y como ocurre en la sociedad en comandita y, puesto que la participación no es una persona jurídica, el tribunal se pronunciará de manera detallada acerca del “centro de costos” instrumentado por el partícipe activo en lo que se refiere a la existencia o no “de documentos de la participación” y en general de un sistema organizado y suficiente de información que le permitiera al partícipe inactivo ejercer su derecho con base en una historia clara, completa y fidedigna de la ejecución del negocio en el que tomó interés, objetivos estos que en el artículo 50 del Código de Comercio se predicen de la contabilidad del comerciante, finalidad a la cual se subordinan los medios que la técnica contable determine como apropiados.

Dicha organización y presentación de la información relativa a la operación propia de la participación constituye entonces una obligación a cargo del partícipe activo, respecto de la cual caben estipulaciones tendientes a asegurar el derecho que le es correlativo. En este sentido, está probado en autos que en el contrato se estipuló que el partícipe inactivo podría “inspeccionar los libros y documentos relacionados con la obra y en general con la participación” (contrato, cláusula 3-8), así como “presentar cuenta de la obra al partícipe activo por períodos bimestrales y acoger las observaciones que sean razonables que este haga dentro de los quince días siguientes a la presentación de las cuentas” (contrato, cláusula 3-11).

El tribunal observa que la previsión contractual consistente en establecer como facultades del partícipe activo ejercer una auditoría de los libros y documentos relacionados con la obra (contrato, cláusula 6-1); aprobar o improbar el presupuesto de obra, su programa de ejecución y la propuesta de precios de venta de las unidades resultantes (contrato, cláusula 6-2); y, sobre todo, la de “ejercer la interventoría de la obra en los términos establecidos para esta actividad, por la sociedad colombiana de arquitectos” (contrato, cláusula 6-3), la cual en la práctica fue ejercida por la hija del representante legal del partícipe inactivo, son todas medidas que, en atención a la naturaleza del contrato, deben ser entendidas como tendientes a reforzar el derecho de inspección y la obligación de rendición de cuentas que se han descrito. Este sentido, derivado —se repite— de la naturaleza de la participación, prevalece sobre el texto de las estipulaciones mediante las cuales, entre las “obligaciones” del partícipe inactivo estaría la de “ejercer la interventoría del proyecto Victoria I Propiedad Horizontal” (contrato, cláusula 4-3), y para la cual se incluyó como un costo del contrato la suma de catorce millones de pesos, en la cual se estimaron “los honorarios o por la interventoría” que ejercería el partícipe inactivo” (contrato, cláusula octava). En consecuencia, tales estipulaciones no pueden tener el efecto de convertir el no ejercicio o el ejercicio deficiente de la interventoría en un supuesto incumplimiento del partícipe inactivo. Ni tampoco puede entenderse que la remuneración de la interventoría, gestión de interés y a cargo del partícipe inactivo, aminore el grado de diligencia debido por el partícipe gestor.

3.3. El alcance de algunas estipulaciones del contrato celebrado entre Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. y Construcciones Rincón Canal

Procede el Tribunal a determinar el alcance de algunas reglas del contrato que ha generado el litigio que aquí se desata.

1. Durante la ejecución del contrato que generó el litigio, y en atención a la naturaleza del negocio en que las partes tomaron interés, mediante un acta adicional, se estipuló que el partícipe activo pagaría intereses sobre los dineros que había tomado y destinado para el producto del crédito obtenido para la participación y destinados a finalidades distintas del edificio Victoria I, debiendo pagar los mismos intereses que el partícipe inactivo debía pagar por lo invertido en obra. Dicha estipulación adicional, de ser vinculante, debe ser armonizada con lo dispuesto en el párrafo primero de la cláusula segunda del contrato, de manera que todas las cláusulas del contrato sean armónicas entre sí, para darles el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad y que mejor cuadre con su naturaleza, tal y como se dispone en los artículos 1622 y 1621 del Código Civil. En ese orden de ideas, y así como el párrafo citado establece, como costo del proyecto, el reconocimiento a favor del partícipe que suministre recursos para la obra, del “mismo interés que cobren las corporaciones para crédito a constructores”, en este caso es necesario reconocer el mismo interés, esto es, liquidar el 18% mencionado en autos sobre un capital que incluya la corrección monetaria que las corporaciones aplican al capital sobre el cual liquidan intereses, hasta la fecha prevista en la mencionada.

2. Relacionada directamente con el punto que acaba de examinarse, se encuentra en el contrato estipulación según la cual el partícipe activo contrajo la obligación consistente en “Administrar, según su leal saber y entender, con destino exclusivo el proyecto Victoria I Propiedad Horizontal, y bajo un criterio de minimización de costos y maximización de beneficios, los dineros provenientes de la financiación que otorgue la corporación de ahorro y vivienda u otra entidad crediticia, y los dineros que ingresan por razón de las ventas. Estos recursos serían llevados en cuentas con rendimiento en UPAC y en cuenta corriente bancaria, independiente y exclusiva del proyecto. Al momento de girarse cheques para el pago de materiales u otras actividades relacionadas con la presente obra, se deberá llevar un visto bueno de quien ejerce la interventoría del proyecto” (contrato, cláusula tercera, 6).

Abstracción hecha del alcance y efecto vinculante que tenga la llamada acta 1, es de destacar ahora el hecho de que la operación en la cual tomaron interés los partícipes usualmente requiere crédito institucional, y de ahí la cláusula que acaba de transcribirse. Dicho crédito constituye una de las principales y más onerosas fuentes de costos de esta clase de negocios, de manera que es razonable que el partícipe activo se haya obligado expresamente a minimizar los costos de esa índole. Esa obligación, en el sentir del tribunal, implicaba tomar las medidas necesarias para evitar que los intereses del crédito se desbordaran y, en todo caso, que si algún beneficio se obtenía fuera a favor de ambos partícipes.

En efecto, de la cláusula 9a se deduce en forma meridiana que los partícipes previeron que los rendimientos del crédito serían objeto de participación en la liquidación.

En el caso sometido al tribunal se advierte la permanente existencia de excedentes de liquidez provenientes del crédito otorgado por la Corporación de Ahorro y Vivienda Concasa, sobrantes que fueron utilizados por el partícipe activo, presumiblemente para otras obras, contando así con la “palanca” financiera derivada del crédito concedido para la ejecución del contrato y garantizado con el inmueble de propiedad del partícipe inactivo.

Se advierte, igualmente, que el partícipe activo utilizó sus prerrogativas de tal excediendo el marco normal de las potestades propias de la participación. Así, y con abstracción del alcance y eficacia de la citada acta 1, que se refiere a la autorización impartida al partícipe inactivo para pagar intereses por los dineros que tomó de la cuenta de Concasa, la cual, se repite, se alimentaba con el crédito concedido para la obra, el tribunal encuentra que el partícipe activo ejerció sus facultades de manera anormal, excesiva, esto, es en forma abusiva (C. Co. art. 830), abuso que no encuentra ninguna explicación en la naturaleza de la participación, sino en la posibilidad de aprovechar los sobrantes para su propio provecho, conducta esta que, aun en el supuesto de llegar a ser admitida y resarcida *ex post* mediante el reconocimiento de intereses, constituye una conducta contraria a la buena fe que se deben entre sí los contratantes.

En el derecho privado colombiano la buena fe tiene un contenido obligatorio, en los términos de los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, de manera que los contratos obligan no solo a lo pactado expresamente, “sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”. En el caso de la participación, la equidad le impone al partícipe activo obligaciones de lealtad que equilibran su poder con la inactividad de su copartícipe. Dicha buena fe no impide que se dé cumplimiento a

estipulaciones lícitas pero más convenientes para cualquiera de las partes, incluso para el partícipe activo, pues la ley no impide que en un contrato una parte obtenga las ventajas concedidas por la otra parte; así, de ser eficaz el acta 1, es perfectamente lícito que el partícipe inactivo haya convalidado la conducta del partícipe gestor consistente en distraer recursos destinados a la participación; pero ello no elimina la deslealtad e ilicitud presentes en el hecho de continuar efectuando desembolsos del crédito cuando existían excedentes de caja en el proyecto, pues es evidente que esa actuación solo se explica en función del provecho obtenido por el partícipe gestor para sí abusando de sus facultades contractuales.

3.4. El acta del 19 de septiembre de 1995

El acta suscrita el 19 de septiembre por los señores Tito A. Rincón en representación de Construcciones Rincón Canal Ltda. y Gustavo Castelblanco quien dice actuar en representación de Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. ha sido objeto de exhaustivo análisis por parte del tribunal, el cual llega a la conclusión de que dicha acta obliga a las partes y constituye una modificación acordada de los términos del contrato de cuentas en participación, no obstante que el señor Gustavo Castelblanco no ostenta la representación legal de la convocada.

Para llegar a esa conclusión se basa el tribunal en el hecho de que existió indudablemente un mandato aparente de parte de la sociedad convocada a este funcionario suyo, que lo habilitó para obligar a la sociedad en los acuerdos que constituyen el contenido de esa acta. La sociedad “Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C.” en efecto, dio lugar a que se creyera por parte de terceros y, en especial, por parte de su co-contratante Construcciones Rincón Canal Ltda., que el mismo actuaba en representación suya, como lo confirma el hecho de que las reuniones que desembocaron en la redacción del acta se llevaran a cabo en las oficinas de esa sociedad y que la mayoría del contenido del acta está dirigida a aclarar comportamientos del socio gestor y a precisar temas que resultan ser de su especial interés.

En tales condiciones, como se ha dicho, se dan las circunstancias que se describen en el artículo 842 del Código de Comercio que expresa: “Quien dé motivo para que se crea conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa.

Por lo demás, a todo lo largo de este proceso y, particularmente en la contestación de la demanda, la convocada ha aludido y ha argumentado a su favor valiéndose de los términos de la mencionada acta, con lo cual no ha hecho sino corroborar su contenido y acogerse a su fuerza vinculante.

Del contenido del acta mencionada, el tribunal extrae tres conclusiones que resultan de singular importancia para la definición de este debate:

- a) Que las partes convinieron, conforme al numeral 1º de los acuerdos que se recogen allí, que la tasa de interés que debía liquidarse sobre los dineros tomados por la convocada de los recursos de crédito suministrados por Concasa para la obra, sería igual a la tasa que estaba acordada para que la obra le pagara a los socios los dineros que ellos suministrarán mientras ingresaban los recursos del crédito, esto es la tasa impuesta por la corporación al constructor, hasta la fecha que se prevé en el numeral 9º del mismo acuerdo incluido en el acta al que nos venimos refiriendo;
- b) Que los intereses de mora liquidados por la corporación sobre el crédito, se debían excluir del monto del proyecto (num. 2º). Este punto, además se encuentra corroborado en la contestación de la demanda, en el literal a) de la respuesta al hecho décimo del libelo, y
- c) Que se convino posponer la liquidación definitiva del contrato, para cuando se hubiesen llevado a cabo los ajustes contables derivados de la mencionada acta, asunto que el tribunal estimará más adelante.

3.5. Las obligaciones asumidas por Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. Su cumplimiento

En el texto contractual, en especial en la cláusula tercera se establecieron las obligaciones asumidas por Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. y que la convocante afirma que habrían sido incumplidas.

Por tratarse en general de obligaciones cuyo incumplimiento afirma la convocante de manera indefinida, el tribunal tendrá en cuenta cómo afronta el deudor, esto es Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. la prueba de su cumplimiento, haciendo tan solo una mención enunciativa de aquellas sobre cuyo cumplimiento no existió controversia en este proceso.

Estas últimas son:

- a) La de construir las unidades habitacionales y de servicio determinadas en la cláusula 1ª, sobre el lote aportado por el partícipe inactivo y realizar la venta de cada una de las unidades resultantes, salvo la del séptimo piso que se reservó para este;
- b) La obligación de tener en cuenta para efectos de la liquidación el valor comercial de los inmuebles que se reservó Rincón Canal Ltda., será tratada al analizar el cumplimiento de la obligación de liquidar. No obstante lo anterior, el tribunal anticipa que al liquidar reconocerá todo su valor probatorio a las declaraciones que obran en la promesa de compraventa de los mencionados inmuebles, declaraciones que los peritos destacan al responder a la pregunta (a) de la convocante, según las cuales dichos inmuebles se cancelarían “con los aportes del contrato de cuentas en participación, celebrado el 11 de febrero de 1994 entre Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. y Construcciones Rincón Canal Ltda. \$ 97.000.000 y el saldo o sea la suma de \$ 40.151420 (sic) con la correspondiente liquidación de dicho contrato”;
- c) Asumir la dirección técnica y administrativa de la obra y la ejecución de la misma;
- d) Las obligaciones a las que se refieren los numerales 11, 12, 13, 14, 15 de la cláusula tercera ⁽¹⁾;
- e) La de no transformar sin la autorización previa expresa y escrita del partícipe inactivo el objeto contenido en la cláusula primera de este contrato.

Sobre las demás obligaciones el tribunal hace el siguiente análisis:

- a) La de realizar directamente o a través de subcontratistas con personas naturales o jurídicas, la elaboración del presupuesto y del programa de la obra.

Al respecto el tribunal señala que la elaboración de presupuestos mensuales a los cuales se refiere la convocante de manera especial en este proceso —según es posible establecer de la respuesta de los peritos a la pregunta (e) de la actora— no se llevó a cabo. Esta omisión, sin duda tratándose de un gestor implica negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones; sin embargo, en este caso particular no alcanzó o no fue demostrado que tal incumplimiento haya causado lesión al partícipe inactivo.

En efecto, la no elaboración de presupuestos mensuales, aunque constituye omisión en el cumplimiento de una de las obligaciones contractuales, no resulta de especial relevancia en lo que hace a las consecuencias mismas del incumplimiento.

Respecto del cumplimiento de la obligación de elaborar el programa de obra, es claro para el tribunal, que la convocada, no obstante la afirmación de cumplimiento, no presentó prueba de su ejecución y, al igual que en el caso de los presupuestos mensuales, el tribunal debe señalar que su no elaboración constituye un incumplimiento del cual, sin embargo, tampoco se desprenden consecuencias lesivas a cuya reparación deba condenarse.

- b) Según los términos de acuerdo correspondía a Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. en su condición de partícipe activo tramitar ante corporación de ahorro y vivienda conjuntamente con el partícipe inactivo el préstamo “necesario” para la realización total del objeto del presente contrato; solicitar la ampliación del mismo si fuere necesario y otorgar las garantías personales y reales que exija la corporación.

La obligación que de esta estipulación se deriva, como se deduce directamente de la manifestación expresa de las partes, no era una carga exclusiva del partícipe gestor, sino compartida con el inactivo que en el presente caso, ostenta condiciones equivalentes a aquel, pues se trata de un constructor que por tal condición estaba llamado a conocer a cuánto debía corresponder “lo necesario”.

Así las cosas, si bien es claro que el crédito evidentemente superó “lo necesario” —a un punto que el partícipe activo tuvo la posibilidad de utilización del mismo en otros proyectos—, el incumplimiento defectuoso de la obligación de solicitar solo lo necesario, independientemente de la conducta relacionada con la utilización por Inversiones Fernández Veloso S. en C. en proyectos diferentes al Victoria I y que será objeto de tratamiento especial por el tribunal, no solo no es imputable en forma exclusiva al deudor, sino que en sí misma no generó perjuicio alguno ni al proyecto ni a la actora, entre otras razones porque además de su aplicación a la obra, ambas partes habían considerado que de existir unos rendimientos, al momento de liquidar, se repartirían por partes iguales;

c) Llevar en forma independiente la contabilidad de la obra. Resulta esta por razón de los graves efectos de su incumplimiento una de las obligaciones que tiene mayor relevancia.

Como se anotará más adelante al tratar la objeción por error grave, de las pruebas aportadas al proceso, en especial del experticio de los contadores Cepeda y Saiz se deduce claramente que la contabilidad no fue llevada de manera independiente y que con frecuencia Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. violó el acuerdo de independencia a que se hace referencia en la cláusula que se comenta.

Este incumplimiento que en efecto fue demostrado, sin embargo, no puede llevar al tribunal a aceptar en manera alguna, que la convocada estuviera obligada a llevar para la obra los libros de contabilidad que la ley prescribe como obligatorios de la sociedad, ni que la omisión en el cumplimiento de esta obligación sea directamente la causa de un perjuicio en contra de la convocada y a favor de la convocante, no obstante, debe declararse que el incumplimiento de esta obligación sí es relevante, en la medida en que la falta de este instrumento contractual impidió a la convocante conocer cabalmente el desarrollo de la participación;

d) Administrar, según su leal saber y entender, con destino exclusivo al proyecto Victoria I propiedad horizontal, y bajo un criterio de minimización de costos y maximización de beneficios, los dineros provenientes de la financiación que otorgue la corporación de ahorro y vivienda u otra entidad crediticia, y los dineros que ingresan por razón de las ventas.

Esta obligación resulta de especial relevancia para el tribunal que anticipa que esta obligación de la convocada fue ignorada en su totalidad y que tal como se señaló al tratar el punto en relación con la tipificación del contrato, con la violación de los términos pactados la convocada evidenció falta de lealtad contractual y mala fe en el cumplimiento de sus deberes en un contrato que como tantos otros, si no la mayoría, parte de la confianza entre quienes lo suscriben.

En efecto, del peritazgo se deduce en forma clara, de una parte, que en forma continuada y sucesiva Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C., destinó a su propio provecho los dineros provenientes del crédito otorgado por Concasa para la construcción del edificio Victoria I, conducta que no obstante la ratificación del acta del 19 de septiembre, como ya se dijo, es censurable y que el tribunal tendrá en cuenta para ordenar que se reconozcan los intereses pactados en dicha acta.

Además de lo anterior, el incumplimiento de la obligación de minimizar costos será la base para juzgar la procedencia del reconocimiento de los impuestos de renta que por valor superior a \$ 44.000.000 canceló Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. a la DIAN, pues para el tribunal es claro que, independientemente de que se hubiera acordado que los aportes no se tendrían en cuenta para liquidar el contrato, debía Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. prever que la no inclusión de estos aportes como costo de la obra, generaría un incremento de los ingresos sobre los cuales se calcula el impuesto a las renta y por lo tanto un incremento injustificado de impuestos por pagar. Debe advertirse que la que la no inclusión de estos aportes como costo estaba prevista para efectos de la liquidación del contrato, pero no para otros efectos, en especial cuando estaba de por medio la maximización de beneficios que se obligó a procurar el partícipe activo;

e) Ejercer el control de costos y rendir informes bimestrales al partícipe inactivo.

Al igual que en los casos anteriores, no aparece probado el cumplimiento de esta obligación, pero tampoco se ha acreditado el perjuicio directo que dicha omisión origina.

Se consignaron como obligaciones bajo los cardinales 8 y 9, las de permitir el derecho de inspección consagrado en el artículo 512 del Código de Comercio y la de convocar a reuniones y elaborar las actas respectivas. No existe alegación especial de la convocante sobre el incumplimiento de estas obligaciones;

f) Elaborar los informes necesarios para efectos tributarios.

Aunque no se enfatiza en este punto, no obran pruebas de las cuales pueda deducirse que no se cumplió por la convocada con esta obligación; de haberlo hecho, no se estaría hoy alegando sobre la supuesta imposibilidad de Rincón Canal Ltda. para declarar los ingresos por la venta de los apartamentos. Sin embargo, al pronunciarse sobre la quinta pretensión, el tribunal analizará si la falta de estos informes es o fue suficiente para causar alguna lesión cuya reparación el tribunal deba ordenar. Ya se dijo que el hecho de haber sido la interventoría ejercida por una persona allegada al partícipe inactivo, no excluía el cumplimiento de esta obligación;

g) Realizar la liquidación del contrato de conformidad con la cláusula novena (9ª de este contrato).

Las partes acordaron inicialmente un plazo para el cumplimiento de esta obligación por parte de la convocada, término a cuyo vencimiento comenzaba a contar un plazo fijado para que el partícipe inactivo a su vez, formulara las observaciones que considerara del caso, previendo que la no formulación de observaciones por parte de este permitía considerar aprobada la cuenta final de liquidación.

En efecto, de conformidad con lo pactado inicialmente, la convocada debía presentar a la convocante la liquidación del contrato dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la escrituración del último de los apartamentos por construirse con ocasión del contrato, escrituración que ocurrió el 18 de mayo de 1995, como lo aceptan ambas partes y consta en la escritura pública 1602 de la Notaría 45 del Círculo de Santa Fe de Bogotá.

Está probado que la convocada incumplió esta obligación, que constituía un supuesto para el ejercicio de la facultad de presentar observaciones a dicha liquidación por parte de la convocante.

Sin embargo, es también evidente que con la suscripción del acta del 19 de septiembre de 1995, las partes, resolvieron que la liquidación definitiva se cumpliría “una vez efectuados los ajustes contables derivados de la presente acta y aceptada la liquidación de intereses”.

Esta estipulación, en concepto del tribunal, no convierte en condicional la obligación a cargo del partícipe activo y que este no cumplió dentro del plazo previsto para el efecto. En relación con los efectos de la mora en que quedó constituida la convocada como consecuencia del vencimiento del plazo aludido, el tribunal encuentra que cabrían varias interpretaciones respecto del alcance del acta, de manera que buscando que la misma produzca algún efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1620 del Código Civil, resulta que dicha mora fue desestimada por las partes y no se pactó una simple ampliación del plazo, dado que este ya había expirado. Puesto que en relación con la mora en la presentación de la liquidación debe interpretarse el acta a favor del deudor, de conformidad con los términos del artículo 1624 del Código Civil, el tribunal interpreta que en ella, las partes acordaron que la mora en que se había incurrido hasta ese momento carecía de relevancia y que a partir de la fecha del acta, la obligación de presentar la liquidación continuó siendo pura y simple. Este nuevo acuerdo, imponía al acreedor insatisfecho constituir en mora al deudor, lo cual en este caso exigía dar aplicación al numeral tercero del artículo 1608 del Código Civil, en concordancia con los artículos 1610 y 1615 de ese mismo estatuto, esto es, reconvenirlo judicialmente. Dicha reconvención, de conformidad con el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, ocurrió el 19 de febrero de 1997.

Ahora bien, esta circunstancia será tenida en cuenta por el tribunal para fijar el momento a partir del cual se causan intereses moratorios sobre la utilidad que resulte a favor de la convocante una vez realizada la liquidación que el tribunal elabora en atención a la demanda mediante la cual se constituyó en mora a la convocada.

Con base en el análisis expuesto por el tribunal en relación con el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la convocada, el tribunal desestimará las excepciones de mérito propuestas.

3.6. Las objeciones al peritazgo

Debe el tribunal resolver lo atinente a las objeciones al peritazgo practicado dentro del proceso, que constituye sin duda una de las pruebas fundamentales del mismo. Los expertos adelantaron un trabajo detenido sobre la contabilidad general de la sociedad convocada y sobre el centro de costos a través del cual se llevaron las cuentas de la construcción del edificio Victoria I, estableciendo de manera cuidadosa las cifras reales de la operación, que no necesariamente coincidieron con las cifras plasmadas en las declaraciones de renta de la sociedad, ya que se presentaron inexactitudes e imprecisiones detectadas por los peritos, que no fueron discutidas por la convocada. El tribunal debe dejar constancia de que es ajeno a las consecuencias que esas inexactitudes pueden llegar a tener en el futuro con respecto a la Administración de Impuestos, y que se limitará a registrar el trabajo de los peritos sobre las cifras reales del negocio que son las que vinculan a las partes.

El resultado fundamental del trabajo de los peritos, se encuentra plasmado en los cuadros 7 y 7A visibles a folios 15 y 16 de los anexos del peritazgo, con base en el cual se responden básicamente todas las preguntas propuestas por las partes y las formuladas por el tribunal, cuadro que fue objeto de algunas precisiones con ocasión de la respuesta que los peritos dieron a la solicitud de aclaraciones y complementaciones provenientes de la parte convocada.

Con estos antecedentes, procede el tribunal a analizar cada una de las objeciones propuestas, comenzando por las propuestas por la convocante, así:

3.6.1. Objeciones de la parte convocante

A) Primer documento de objeciones

Primera objeción: Es una objeción compleja que se puntualiza en siete (7) numerales, referentes a diferentes aspectos que se repiten parcialmente en las objeciones posteriores.

1. Dice la convocante que los expertos variaron conscientemente el procedimiento liquidatorio acordado por las partes, al responder a la primera pregunta del cuestionario, referente a la determinación de la utilidad o ganancia que corresponde a Construcciones Rincón Canal Ltda. dentro del contrato de cuentas en participación suscrito con Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C., puesto que adicionaron los aportes como costo, antes de deducir la utilidad.

El tribunal entiende claramente que este es un punto de derecho que toca con la interpretación que debe darse al contrato de cuentas en participación y que, no estando en discusión el monto de las cifras sobre las cuales debe hacerse la operación de liquidación, este no es un error grave que pueda imputarse al experticio. Utilizando las mismas cifras, el tribunal podrá aplicar el procedimiento de liquidación que corresponde conforme a la ley y al contrato, cuando, por otra parte, la solicitud de la prueba no señaló procedimiento específico para hacerlo.

2. Señala la convocante que existe diferencia entre la cifra correspondiente a costos y gastos en el cuadro 7 y la cifra que corresponde al total de costos y deducciones en el cuadro de acumulado para los años 1994, 1995 y 1996, en la página 15 del trabajo pericial.

Para el tribunal es claro igualmente que esta diferencia se explica por lo dicho anteriormente: el cuadro de la página 15 refleja los valores correspondientes a lo declarado por Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. para efectos de su declaración de renta, mientras el cuadro 7 refleja las cifras reales de la operación, una vez detectadas las inconsistencias e inexactitudes que los peritos identificaron y que no fueron objetadas por Fervel. Por lo mismo, el trabajo de los expertos sigue basándose en esas cifras reales y no existe en consecuencia el error grave que se le imputa.

3. Dice la convocante que en el cuadro 7, los peritos calculan una provisión para impuestos muy superior a la suma que aparece en el cuadro de la página 15, como pagado por efecto de la liquidación efectiva de impuestos de la obra.

La explicación de esta diferencia resulta ser la misma señalada para el caso anterior; en efecto: al haber existido en la realidad una cifra menor de costos reales de la obra, el impuesto a pagar resultaría mayor que el realmente pagado. Nuevamente no existe aquí error grave en el experticio, sino una comparación entre la cuenta real y lo

declarado para efectos de impuestos.

4. Sostiene la convocante en este punto, que en la declaración de renta de Inversiones Fernández Veloso S. en C. para 1995, con base en unos ingresos de un poco más de \$ 3.151 millones de pesos, pagó un impuesto de algo más de \$ 87 millones y que, en consecuencia, siendo los ingresos por la venta de los apartamentos del edificio Victoria I solo discretamente superiores a \$ 800 millones, no es justificable que los impuestos que se imputen para esa obra sean bastante más de la mitad de la totalidad del impuesto pagado.

Lo anterior no puede en ningún caso ser aceptado por el tribunal ni siquiera como indicio de un error grave en el peritazgo, toda vez que desde el punto de vista tributario, involucrando la declaración de renta de Inversiones Fernández Veloso S. en C. diferentes obras, de naturaleza y valor disímiles, no puede establecerse la proporcionalidad que supone la objetante entre ingresos totales e impuesto total, por una parte, e ingresos correspondientes a la obra Victoria I e impuestos derivados de la misma; el planteamiento de la objetante en este punto es simplista y no revela ni identifica en forma verosímil un error de naturaleza grave.

5. En este numeral la convocante enrostra a los peritos un supuesto error grave por haber liquidado a la tasa del 18% efectivo anual, los intereses sobre los dineros desembolsados por la Corporación Concasa para la obra del edificio Victoria I y que Inversiones Fernández Veloso S. en C no utilizó para esa obra sino para otras.

En este punto deben hacerse dos observaciones, a saber: la objetante no ataca en ningún caso las bases que tuvieron los peritos y que ellos exponen con claridad, para liquidar esa tasa de interés, por una parte, y, por otra, tampoco suministró ella misma bases diferentes previamente a la confección del peritazgo. Por lo mismo, tampoco existe aquí un error grave en el experticio; existe quizás una cuestión que debe ser definida en derecho por el tribunal, a saber, cuál es la tasa a la cual debe liquidarse ese interés. No obstante, se repite, al no haber existido precisión de ningún tipo en la petición de la prueba y al no haberse impugnado o cuestionado las bases tomadas por los peritos, el error que se le achaca en este caso al peritazgo no existe por parte alguna.

6. Dice la convocante que los peritos erraron al haber verificado que las escrituras de venta se otorgaron exclusivamente por la sociedad convocante y, así no obstante, haber imputado en la operación final impuestos de Inversiones Fernández Veloso S. en C. a la obra.

A juicio del tribunal los peritos no han hecho tal cosa; los peritos se han limitado a establecer que, dada la forma como se llevó la contabilidad de la obra, dentro de un centro de costos que hacía parte integrante de la contabilidad general de la empresa, es un hecho que el gestor Inversiones Fernández Veloso S. en C. declaró ingresos y costos y pagó impuestos sobre los mismos. Si desde el punto de vista jurídico, y nuevamente atendido el hecho de que sobre el valor de las cifras no hay objeción en este caso, corresponde al tribunal como punto de derecho considerar si ese pago de impuestos fue debido o indebido y si debe afectar o no a la operación de liquidación del contrato de cuentas en participación. Por lo mismo, no existe tampoco aquí el error grave que se imputa al experticio.

7. En este numeral, la parte convocante, expresa que la suma que corresponde como costo en el cuadro 7 a “intereses de mora” es una suma que debe ser asumida por la convocada y no formar parte de los costos de la obra.

Este es también un aspecto de derecho que, no existiendo discusión en cuanto al valor mismo de la cifra, debe ser resuelto por el tribunal. Los peritos, se repite, a falta de instrucciones de otro tipo, debían limitarse a verificar las cifras reales del negocio y hacer la liquidación correspondiente como lo entendían sin hacer este tipo de discriminaciones que, como ya se ha dicho, envuelven un concepto de carácter jurídico. Tampoco encuentra el tribunal que se haya incurrido en un error en este caso.

Segunda objeción: Esta es una objeción que reproduce básicamente la señalada en el numeral quinto (5º) anterior, respecto de la manera como los peritos liquidan los intereses a cargo de Inversiones Fernández Veloso S. en C. por los dineros de la obra utilizados para otros menesteres, por lo cual el tribunal se limita a reiterar las consideraciones ya hechas para estimar que no existe el error grave que se imputa.

Tercera objeción: Dice la objetante en este caso, que los peritos erraron al determinar el daño ocasionado por la convocada a la convocante, por la demora en la liquidación del contrato, porque no tomaron debidamente el punto de partida de la demora ni aplicaron como factor de perjuicio la tasa de intereses comerciales de mora.

Nuevamente toma la objetante en este caso como error del peritazgo algo que solo puede imputarse a error en la solicitud de la prueba. En efecto: es claro que determinar la fecha a partir de la cual la convocada pudo incurrir en mora en la liquidación del contrato, es aspecto que solo pueden determinar los árbitros al proferir su laudo; también lo es, el de señalar los factores que pueden determinar la cuantificación de ese perjuicio. Por lo mismo, si quien pide la prueba no señala a los peritos las bases para efectuar su trabajo técnico, está en el fondo trasladando a los peritos la labor del juez, la cual evidentemente no pueden realizar. Por lo mismo, si los peritos hacen un cálculo en su leal saber y entender, si, como tal, el cálculo no presenta errores de carácter matemático, el trabajo pericial no puede ser censurable por erróneo, en la medida en que al solicitarse la prueba no se han señalado las bases que el peticionario consideraba que debían tomarse para el cálculo.

La parte debe, en este caso, señalar esas bases y argumentar jurídicamente dentro del proceso para llevar al juez a la convicción de que esas son las bases que corresponden conforme a la ley; de lo contrario, se repite, es pedir a los peritos que sustituyan al juez y acusarlos de errores que sencillamente no pueden cometer, toda vez que su labor es de estricta naturaleza técnica y no jurídica.

Por lo mismo, el tribunal encuentra que en este caso no existe error grave en el experticio y que solamente el laudo podrá determinar si existió demora en la liquidación por parte de la convocante, a partir de cuándo la misma se produjo eventualmente, y cuáles son los factores que, de estar probados dentro del proceso, deben entrar en la determinación cuantitativa del daño.

Cuarta objeción: En esta objeción, la parte convocante achaca a los peritos el supuesto error grave de no haber determinado las mayores cuantías de dinero retiradas de los recursos obtenidos del crédito para otras obras, por períodos mensuales, cuando sí lo hubieran podido hacer con la información de la que disponían.

Nuevamente se observa en este caso una incomprensión absoluta de los términos del experticio. En efecto, lo que los peritos afirman es que no pudieron llevar a cabo el encargo que el solicitante de la prueba había hecho, en el sentido de comparar los costos mensuales presupuestados con los retiros mensuales de la cuenta de Concasa, dado que no se habían confeccionado presupuestos, lo cual, dado que es cierto que no se confeccionaron dichos presupuestos, es inobjetable.

En esas condiciones, el reparo de la objetante se concreta a que los peritos no compararon los costos mensuales con los retiros mensuales, lo cual no se les encomendó en ningún caso; los peritos realizaron en cambio una labor mucho más precisa que consistió en calcular día a día el costo financiero de los dineros utilizados para menesteres diferentes a la obra conforme a los saldos diarios de la cuenta de Concasa, con lo cual cumplieron el encargo que se les confió y lo hicieron de manera más precisa y matemática que si se hubieran dedicado a comparar cortes mensuales como lo sugiere la objetante.

Por lo anterior, esta objeción tampoco resulta de recibo.

Quinta objeción: Reproduce en lo fundamental lo afirmado en los numerales 3º y 4º de la primera objeción, en relación con la cifra tomada para efectos de pago de impuestos en las cuentas de la obra Victoria I, por lo cual el tribunal reitera sus consideraciones anteriores. No existe indicio de error grave alguno en el trabajo de los peritos que se han detenido a puntualizar la suma pagada por Inversiones Fernández Veloso S. en C. por concepto de impuestos correspondientes a la operación de la obra Victoria I y la provisión que ha debido hacerse si se hubieran declarado correctamente los costos, dentro de las diferentes alternativas planteadas, esto es, según valor de escrituras o de lista de precios o de promesas de compraventa. Esas sumas no tienen que ser iguales a los giros correspondientes de pagos efectivos a la administración, ya que los mismos se ven afectados de muy diferentes maneras, ni tienen que ver con el total de ingresos recibidos por Inversiones Fernández Veloso S. en C. en todas sus obras, porque en cada caso los descuentos, deducciones, etc. son diferentes. Tampoco ello tiene necesariamente que ver con el hecho de si tributariamente Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. debía liquidar en cabeza suya esos impuestos o no, porque el hecho fue que efectivamente ello se hizo y los peritos tenían que concretarse al hecho técnico del cálculo de cifras con base en la contabilidad, sin entrar a considerar los aspectos de tipo jurídico que influyen en este problema, sobre lo cual, nuevamente, no contaron con pauta alguna señalada en la petición de la prueba.

Deducidas por los peritos las cifras anteriormente mencionadas, corresponde al tribunal decidir cómo influyen las mismas en el resultado final; no haciéndose en el escrito de objeción grave ningún reparo a los cálculos matemáticos de esas cifras en sí mismas, la objeción en este caso se convierte en simples sugerencias, suposiciones y vaguedades sin valor específico o concreto, por lo cual el tribunal debe concluir que no existe tampoco aquí el error grave que se imputa al experticio.

Sexta objeción: Se refiere a que supuestamente el valor de impuesto de industria y comercio no puede ser imputada a la obra, por cuanto como el mismo se calcula con base a los ingresos recibidos y contabilizados, y los ingresos no hubieran podido ser registrados por Fervel, el cargo es indebido.

Por las razones ya reiteradas antes este cargo por error grave tampoco puede prosperar. Los peritos determinaron la existencia de este costo y su valor; si debe ser o no considerado como imputable al contrato de cuentas en participación o no, es un punto de derecho que no resulta de la competencia de los peritos.

Séptima objeción: Se hace consistir en que el dictamen se emite sobre la base del centro de costos en el que, dentro de la contabilidad general de la sociedad Fervel, se llevaron las cuentas de la obra, siendo que ese centro de costos no llena los requisitos legales de una contabilidad.

Al respecto debe señalarse que los peritos han determinado claramente en su experticio que "... el centro de costos no llenaba los requisitos de una contabilidad ..." (respuesta a la pregunta 4.1 del cuestionario de la parte convocada, págs. 25 y 26 del experticio). Ahora bien una cosa es que el centro de costos no cumpla los requisitos de una contabilidad formal, y muy otra que el dictamen no se pueda basar en el centro de costos, como único trasunto contable del contrato de cuentas en participación. El error grave solo podría basarse en el señalamiento específico de malas, erróneas o falsas contabilizaciones, no en la simple consideración de que se trata de un elemento que no cumple con los requisitos de una contabilidad formal, porque si bien ello tiene consecuencias jurídicas, las mismas no pueden consistir por sí solas en descartar la posibilidad de un trabajo pericial sobre dicho elemento. Por lo mismo tampoco puede aceptarse que en este caso el peritazgo esté afectado de error; los peritos aceptan que el centro de costos no llena los requisitos de una contabilidad formal, pero construyen sobre el mismo un trabajo que no podría tener otro sustento diferente y que no por no reunir los requisitos de una contabilidad formal, puede calificarse de mentiroso, falso, erróneo o inexistente.

Octava objeción: Se concreta en el mismo reparo que se hace en el numeral 1º de la primera objeción, respecto de que los peritos aparentemente no aplicaron el procedimiento señalado en la cláusula novena para la liquidación de las cuentas en participación, por lo cual el tribunal reitera sus consideraciones a este respecto.

Novena objeción: Califica como error grave del peritazgo la consideración de los peritos en el sentido de que la contabilidad de la convocada presenta errores que no son graves para los expertos, cuando para la objetante es de extrema gravedad que se hayan registrado en esa contabilidad y declarado a la Administración de Impuestos, como ingresos las ventas que hizo la sociedad convocante y como costos los costos de la obra que solo pueden ser descontados por la misma.

Evidentemente en este caso, tampoco existe el error que se enrostra a los peritos. Puede existir error en la manera como se hicieron las declaraciones de renta de Fervel, con la óptica con la que mira la convocante, pero la determinación de ese error es una cuestión de derecho que no corresponde dilucidar a los expertos. Por lo mismo no puede achacárseles error grave, cuando se limitan a hacer una calificación de orden técnico, en cuanto a la fidelidad matemática de las cuentas, que por lo demás ciertamente son cuentas de la obra y del contrato de cuentas en participación que la gestora estaba obligada a llevar, cuando en ningún momento se les pidió conceptuar sobre si Inversiones Fernández Veloso S. en C. podía declarar ante la administración de impuestos los ingresos y los costos como lo hizo.

Aquí no existe pues tampoco una afirmación efectiva de error grave en el peritazgo sino un alegato en derecho.

B) Segundo documento de objeción

En un segundo documento, presentado dentro del término del traslado de la respuesta de los peritos a la solicitud de aclaraciones y complementaciones presentada por la convocada, la convocante amplía sus motivos de objeción

volviendo a repetir lo ya dicho en la objeción original y agregando algunos aspectos nuevos:

1. Objeción en cuanto a la pregunta b) de la solicitud de aclaraciones

Nuevamente se refiere a sus anteriores comentarios en materia de impuestos e intereses, esta vez refiriéndose al cuadro 7A elaborado por los peritos al absolver la solicitud de aclaraciones. Cabe anotar que ese cuadro 7A se limita a reproducir el cuadro 7 del dictamen inicial, pero agregando como costo el valor de los aportes; aquí señala el tribunal un error sin consecuencias en el título del cuadro 7A, porque es evidente que este cuadro no es el estado de resultados de la obra Victoria I “sin el costo de los aportes” como allí se lee, sino que es evidentemente ese estado de resultados “con el costo de los aportes”.

Entonces, los reparos sobre la cifra de provisión de impuestos que hace la objetante en este caso, no tienen validez, porque esa provisión de impuestos evidentemente tiene que reducirse si los costos imputados son mayores; distinto es lo que Inversiones Fernández Veloso S. en C. pagó efectivamente por impuestos dentro de una declaración que no incluyó los aportes como costo. Las consecuencias jurídicas que ello puede comportar, no era materia del peritazgo y será motivo de examen en otra parte de este laudo.

En cuanto al tema de si los intereses liquidados a cargo de Inversiones Fernández Veloso S. en C. son proporcionales o no a los costos financieros totales de la obra, ello no implica de por sí el señalamiento de un error grave sino una sugerencia vaga que carece de soporte alguno; queda el punto sobre la tasa de interés que debe ser aplicada a los dineros que fueron utilizados por Inversiones Fernández Veloso S. en C. para otras obras, cuestión cuya definición, como ya se dijo no era de competencia de los peritos; si los mismos utilizaron la tasa del 18%, ante la ninguna instrucción al respecto en la petición de la prueba ni la contradicción de las bases tomadas por los peritos para hacerlo, corresponderá al tribunal decidir si debe hacer uso del cálculo hecho o efectuar otro, pero, en todo caso, no es este un hecho que implique de por sí error grave en el peritazgo.

2. Objeción en cuanto a la pregunta c) de la solicitud de aclaraciones

Es la repetición del planteamiento que ya se había hecho en la objeción inicial, en el sentido de que no pueden los peritos asumir que se pagaron \$ 44 millones de pesos en impuestos por la obra cuando no hay un comprobante de pago de esa suma.

Ya el tribunal ha dicho que la suma efectivamente pagada por impuesto sobre la renta en un determinado año gravable, no tiene porque coincidir con el impuesto generado por una determinada actividad registrada dentro de la declaración, cuando esa actividad es solo una de las varias que el declarante ejerce. Por lo mismo, la ausencia de comprobante no puede bastar para configurar un error grave en este caso; nuevamente la objeción peca en este caso de superficialidad y carece en absoluto de fundamento.

3. Objeción en cuanto a la pregunta d) de la solicitud de aclaraciones

Esta es una repetición confusa de objeciones que ya han sido comentadas antes y que se reducen a afirmar que los peritos presentan tres liquidaciones diferentes y que ello es imposible dentro del contexto de un realidad que solo puede ser una.

A este respecto debe decirse con claridad que tampoco existe error grave por parte alguna, ya que los peritos se limitan a señalar que la deducción de la utilidad del contrato de cuentas en participación y de la obra Victoria I, puede hacerse bajo tres alternativas diferentes de ingreso por ventas, manteniéndose el resto de las cifras constante. Lo anterior, es perfectamente válido desde el punto de vista técnico y corresponderá al tribunal definir cuál es la alternativa que debe ser aplicada para definir la utilidad, con base en el contrato y en la ley. Por lo mismo no se puede tampoco achacar error al experticio por hacer la presentación en esta forma.

4. Objeción en cuanto a la pregunta e) de la solicitud de aclaraciones

Nuevamente se repiten en este caso objeciones ya formuladas en cuanto se refiere al cargo por impuesto de industria y comercio y al cargo por impuestos, insistiendo la objetante en que tales cargos solo pueden corresponder a la convocante como persona que realiza los ingresos por ventas de apartamentos y no a Inversiones

Fernández Veloso S. en C. que es una simple gestora.

El tribunal debe repetir que se está pidiendo una definición jurídica a los peritos y que ellos no están llamados a hacer este tipo de definiciones. Su labor en el campo técnico se ha limitado a verificar las cuentas y a liquidar una utilidad en su leal saber y entender, sin haber recibido pautas o instrucciones de ningún tipo. Si verificadas las cuentas en sus diferentes rubros, la labor de imputación de los diferentes rubros a una u otra parte, o el procedimiento de liquidación presenta fallas por razón de definición jurídica, resulta que el peritazgo no puede tacharse de erróneo, porque los peritos no pueden errar en lo que no es su incumbencia.

Se repite que en este caso a los peritos no se les pidió conceptuar quién era la persona que debía liquidar y pagar los impuestos de industria y comercio y los impuestos sobre la renta, se les pidió determinar cuáles fueron los costos e ingresos de la obra y, con base en ellos, cuáles fueron las utilidades que han debido repartirse las partes. Se repite, si en el proceso no existen errores contables o matemáticos y solo se discute que hay ciertos costos que no deben imputarse a la obra o que el procedimiento contractual de liquidación con base en una determinada interpretación del acuerdo es de tal o cual naturaleza, sin que se haya instruido a los peritos en cierto o determinado sentido, entonces, el peritazgo no puede tacharse de erróneo porque, como ya se dijo, los peritos no pueden errar en lo que no es de su competencia.

Por las razones anteriores, el tribunal debe llegar a la conclusión de que no se han probado las que fueron presentadas por la parte convocante como objeciones por error grave, al peritazgo inicialmente presentado. En otra parte de este laudo, a partir del trabajo pericial y con base en el mismo, se establecerá el por qué jurídicamente alguno o algunos de los rubros utilizados en el mismo deben ser excluidos del cálculo o considerados de distinta forma, o por qué, conforme a la ley y al contrato, deben incluirse en la liquidación elementos identificados por los peritos que antes no se consideraron, y de qué manera, finalmente, también conforme a la ley y al contrato deben cambiarse esos diferentes elementos para llegar al resultado verdadero a juicio de los árbitros.

3.6.2. Objeciones de la parte convocada

La objeción de la parte convocada respecto del peritaje rendido es una sola y se limita a cuestionar el procedimiento utilizado por los peritos para hacer la liquidación de la utilidad del contrato. Por ser una objeción en el mismo sentido de la primera objeción de la convocante el tribunal hace el mismo pronunciamiento: El tribunal entiende claramente que este es un punto de derecho que toca con la interpretación que debe darse al contrato de cuentas en participación y que, no estando en discusión el monto de las cifras sobre las cuales debe hacerse la operación de liquidación, este no es un error grave que pueda imputarse al experticio. Utilizando las mismas cifras, el tribunal podrá aplicar el procedimiento de liquidación que corresponde conforme a la ley y al contrato, cuando, por otra parte, la solicitud de la prueba no señaló procedimiento específico para hacerlo.

3.6.3. Objeción grave formulada por la convocante contra la complementación del dictamen pericial solicitada por el tribunal

La convocante formuló también objeción por error grave respecto de la complementación del dictamen pericial presentada a instancias del tribunal, en lo tocante con el cálculo del interés liquidado a favor y en contra de ambas partes sobre los dineros suministrados a la obra por la convocada y tomados por esta para otras obras de los recursos del préstamo solicitado para aquella.

La objeción se funda en seis literales, a los cuales se referirá a continuación el laudo en su orden:

1. Literal a), b) y c): Desarrollan el mismo punto: Desarrollan en el mismo punto, que se refiere a que, según los cálculos de la convocante, la tasa liquidada por los peritos día a día, no corresponde realmente al 18% anual efectivo más la corrección monetaria a lo cual se concretaba el encargo recibido por los mismos, sino a una tasa “inferior al 1.5% mensual”.

Al respecto, el tribunal tiene que limitarse a señalar que los peritos claramente en los cuadros en que vierten sus cálculos, señalan en la columna de saldos diarios, que se trata de saldos diarios incrementados con la debida actualización y, a los mismos aplican una tasa correcta, en la medida en que es la tasa que, para los peritos, aplicaba la corporación de ahorro y vivienda a los préstamos concedidos al constructor. Si la convocante se limita

a afirmar en su objeción que la tasa aplicada por los expertos es nominal y no efectiva, es algo que carece de base mientras no se señale que la tasa realmente aplicada por la corporación es de esa magnitud, y se señalen medios de prueba idóneos para demostrarlo, los cuales evidentemente no pueden concretarse simplemente a un nuevo dictamen, sin cuestionario específico “en el que se conceptúe sobre los puntos planteados en la ampliación del dictamen ordenada por el tribunal”, ya que estaríamos avocados previsiblemente al mismo resultado o aun resultado diferente sin un fundamento real. En este sentido la objeción no identifica ningún error específico y cae en el vacío, pues viene a convertirse simplemente en una alegación abstracta sin apoyo argumental o probatorio alguno, lo cual impide su prosperidad.

2. Literal d): Se refiere a que la liquidación de intereses que realizan los peritos, incluye un movimiento de cuentas que registra un pago de impuestos por suma superior a \$ 54.000.000, y a que tales impuestos no han debido ser pagados por la convocada.

A este respecto el tribunal nuevamente debe insistir en que los peritos no están en capacidad de decidir si ese pago estuvo bien o mal hecho; deben limitarse como se efectivamente lo hicieron, a verificar el cargo y a tenerlo en cuenta en su cálculo desde el momento en que se hizo, correspondiendo al tribunal decidir si la convocada tiene derecho a que sus cuentas sean aceptadas de esa manera, o si deben efectuarse ajustes diferentes. Por lo mismo no cabe hablar de error grave por este concepto.

3. Literal e): Esta objeción nuevamente plantea a los peritos la exigencia de que determinen la fecha en la que ha debido hacerse la liquidación del contrato y, en consecuencia, el período que debe cubrir la liquidación de intereses, en términos diferentes a los escogidos.

Nuevamente el tribunal debe insistir en que, no habiéndose dado a los peritos ninguna instrucción específica al respecto, los reparos de la objetante se refieren a cuestiones que debe decidir en derecho el tribunal y que, en consecuencia ningún error puede atribuirse a los peritos; por lo demás la liquidación de intereses está hecha desde el primer experticio, a la fecha de confección del mismo, por lo cual su complementación debe remitirse a la misma fecha, sin perjuicio de que, si deben hacerse actualizaciones posteriores a la fecha del laudo, el tribunal esté en condiciones de hacerlas en forma directa.

4. Literal f): Esta objeción consiste en una nueva e inaceptable reiteración de que, a juicio de la objetante, la tasa de interés que debe aplicarse es la tasa de interés moratorio comercial y no la tasa cobrada al constructor por la corporación de ahorro y vivienda, lo cual, como ya se ha dicho hasta la saciedad es una cuestión que no envuelve error alguno en el peritazgo, sino punto de derecho que debe resolver el tribunal.

Los demás aspectos mencionados en la objeción no tienen relación alguna con la complementación del dictamen, por lo cual no vienen al caso y sobre los mismos se hicieron consideraciones en el punto anterior referente a las objeciones al dictamen original.

Todo lo anterior llevará al tribunal a decidir en su momento oportuno, que no se encuentran probadas las objeciones formuladas por las partes a la prueba pericial considerada en su integridad, si bien, no obstante, en desarrollo de las decisiones en derecho que deben ser tomadas, las cifras del experticio serán combinadas de diferentes maneras para llegar al resultado final.

3.7. La tacha de los testigos

La apoderada de la parte convocante durante las audiencias señaladas para la recepción de los testimonios de los señores Alberto Castelblanco, Alberto Nagy, Claudia Catalina Burbano, Orlando Castellanos y Beatriz Eugenia Blair, tachó de sospechosos a tales testigos, con fundamento, en todos los casos, en la relación existente o que había existido entre los deponentes y la sociedad convocada.

Oportunamente formuladas las tachas, estas deben ser apreciadas en el laudo atendiendo al mandato del inciso segundo del artículo 218 del Código de Procedimiento Civil.

En el presente caso, tal como se ha señalado, el motivo que sirve de sustento a la tacha que formula la parte convocante contra los testigos citados tiene fundamento en que estos son o han sido funcionarios de Inversiones

Fernández Veloso S. en C.

En efecto, el señor Alberto Castelblanco Rubio dijo haber ocupado el cargo de subgerente, el cual no implicaba representación de la entidad demandada; el señor Alberto Nagy dijo ocupar el cargo de subgerente técnico en la misma entidad; la señora Claudia Catalina Burbano manifestó que ha trabajado desde hace casi 17 años en esa firma en el departamento de presupuestos y luego en el de diseños; el señor Orlando Castellanos dijo haberse desempeñado como contador de Inversiones Fernández Veloso S. en C. desde diciembre de 1994 y, la señora Beatriz Eugenia Blair manifestó ser subgerente técnico de la convocada.

Así las cosas, no cabe duda al tribunal sobre la vinculación que existe entre todos y cada uno de los testigos que fueron tachados y la sociedad convocada; no obstante, esta circunstancia no impide al tribunal apreciar sus declaraciones con el rigor que aconseja la sana crítica y decidir, como en efecto decidirá que la sospecha no afecta la prueba en la medida en que las declaraciones rendidas por tales testigos son coincidentes en general y además convergen en múltiples puntos con lo expuesto por las partes en los interrogatorios a que fueron sometidas en este mismo trámite ⁽²⁾.

Tampoco resulta extraño para el tribunal que los testigos que fueron tachados hubieran tenido conocimiento más o menos detallado de las negociaciones celebradas entre la parte convocante y la convocada y sobre la manera en que ellas tuvieron desarrollo, dados los cargos que los testigos ocupaban dentro de la sociedad convocada.

En síntesis, las declaraciones apreciadas en conjunto no generan en el tribunal dudas de las cuales pueda deducir que se han apartado de la verdad y, en consecuencia, el tribunal desestimaré la tacha propuesta por la parte convocante.

3.8. La quinta pretensión. Aspectos tributarios

La pretensión quinta formulada por la parte convocante expresa: “Que así mismo, la sociedad Inversiones Fervel S. en C. sea condenada a pagarle a la sociedad Construcciones Rincón Canal Ltda. dentro del mismo lapso de seis (6) días siguientes a la ejecutoria del laudo, la suma que resulte probada por concepto de impuesto de renta y complementarios que dicha sociedad debe pagar a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, por concepto de la liquidación del contrato de cuentas en participación celebrado entre las citadas sociedades, más los intereses legales que se generaron por el retardo en su contra.

El tribunal encuentra frente a esta pretensión, que de ningún modo podría concluirse que la sociedad convocada, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales debe ser condenada a pagar a la convocante el valor de los impuestos de renta y complementarios que dicha sociedad debe pagar a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, por concepto de la liquidación del contrato de cuentas en participación. En efecto, las obligaciones tributarias de Construcciones Rincón Canal Ltda. son suyas propias y no se ve por qué hubieran debido ser asumidas por otra persona.

Por lo demás la cláusula octava del contrato señala que “se considerará así mismo que constituye costo del proyecto todo impuesto, gravamen o tasa incluido el de industria y comercio que surjan por razón o con ocasión del desarrollo del proyecto y su posterior venta” y de hecho se ha podido constatar que se cargó como costo de la obra el valor de los impuestos generados por la operación.

Pudiera interpretarse la pretensión en el sentido de que la sociedad convocada debe pagar a la convocante por concepto de perjuicios derivados de la imposibilidad en que aduce haberla colocado para hacer sus declaraciones normales de impuestos durante varios gravables, las sanciones por mora e intereses que sean liquidados en su contra por la extemporaneidad en el cumplimiento de esas obligaciones tributarias.

Sin embargo, ninguno de los medios de prueba presentes en el proceso le permite al tribunal deducir, siquiera en forma aproximada a qué valor pueden ascender dichas sanciones o intereses.

No puede pasarse por alto, además, que la contabilidad de la sociedad Rincón Canal Ltda. no fue arrojada al proceso para que con base en ella pudiera determinarse el monto de sus ingresos y sus costos en los períodos fiscales correspondientes, etc. ... todo lo cual es necesario para determinar cuánto es “la suma que por concepto de

renta y complementarios dicha sociedad debe pagar”, y consecuentemente la que debe pagar también, por concepto de sanciones e intereses en caso de extemporaneidad.

En lo que se refiere a la utilidad, sobre la misma la convocante deberá pagar un impuesto de acuerdo con la declaración que haga respecto del año gravable en el curso del cual esa utilidad le sea liquidada y pagada; sin embargo este no es un monto que pueda tomarse aislado de los demás ingresos de la sociedad.

Adicionalmente y para finalizar esta parte del análisis, el tribunal considera que de ninguna manera puede aceptarse el planteamiento sugerido por la convocante, en el sentido de que la falta de información proveniente de la convocada implicaba automáticamente su imposibilidad de cumplir sus obligaciones tributarias que por definición son un deber legal frente al Estado.

Por las razones señaladas, el tribunal denegará la quinta pretensión.

Lo que el tribunal debe establecer, para efectos de determinar el monto de la utilidad que obtuvieron las partes en el negocio, es si las sumas que el gestor redujo de las mismas, por concepto de impuestos efectivamente pagados —así ese pago se haya incluido como se incluyó en la declaración de renta de la convocada— se pagaron debidamente y debían ser pagadas actuando con la debida diligencia y cuidado, o, si, por el contrario, o no se pagaron o no hubieran debido ser pagados.

Los peritos determinaron con claridad al responder la pregunta (d) de su dictamen inicial que el gestor cargó a las cuentas en participación un pago de impuestos por \$ 44.707.860, acumulados los años 1994, 1995 y 1996, suma que realmente generó la operación de cuentas en participación y su movimiento, tal como el mismo fue declarado dentro de la declaración de impuesto de renta y complementarios de la sociedad Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. Ahora bien, también es claro para el tribunal, que, conforme al dictamen pericial, si Inversiones Fervel S. en C. hubiera declarado los aportes como costo de esta operación, los impuestos a pagar hubiesen debido ser sustancialmente inferiores. Los peritos los estiman en una suma aproximada de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000) que se observa en el cuadro 7 visto a folio 5 de la respuesta a la solicitud de aclaraciones al dictamen pericial.

Las razones por las cuales la sociedad convocada no incluyó los aportes como costos para efectos tributarios, pudieron ser muchas, pero ninguna de ellas resulta justificable para el tribunal dentro del contexto de la obligación que asumió en el contrato de cuentas en participación la sociedad convocada, en el sentido de minimizar los costos y maximizar los beneficios (cláusula tercera del contrato, num. 6°); en efecto, resulta realmente contrario a las reglas de la sana administración que un negocio que arrojó tan discretos resultados como los que la sociedad convocada ha pretendido, haya generado a favor de la Administración de Impuestos, impuestos tan considerables como los que generó.

Estas consideraciones llevan al tribunal a considerar que no es aceptable y debe suprimirse de las cuentas, para liquidar la utilidad que debe distribuirse al socio inactivo, la partida de \$ 44.707.860, por concepto de impuestos, y limitar esa suma a la provisión que calculan para tal efecto los peritos, y que surge de considerar incluidos dentro de los costos, los aportes de los participantes. Con base en el resultado obtenido con esa modificación, se determinará la utilidad a repartir.

3.9. La utilidad no pagada y los perjuicios causados por el incumplimiento

Para efectos de deducir la utilidad del negocio a la que tiene derecho la sociedad convocante y los perjuicios derivados de no haberse liquidado el negocio jurídico dentro de la oportunidad legal y contractual, el tribunal forzosamente, y como ya se dijo, tendrá que proceder a liquidar el contrato, para lo cual procede de la siguiente manera:

Tomando como base las cifras que arroja el trabajo pericial, se parte de la base de un ingreso total de la obra por \$ 841.190.537.94. A dicho monto debe adicionársele el total de ingresos no operativos por \$ 2.688.668. De ese total se restarán el total de costos por valor de \$ 537.784.664.04, y el total de los gastos financieros que ascienden a \$ 111.247.501, disminuidos en la suma de \$ 15.821.901, que corresponden a los intereses de mora que, como se ha dicho anteriormente, no se incluyen como gasto para efectos de esta liquidación porque tienen que ser asumidos

íntegramente por Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C.

Este constituye un primer remanente de \$ 210.668.941.41.

Del remanente se deducirá la suma de \$ 5.567.640.15, correspondiente al impuesto que ha debido pagarse, de haber obrado el gestor con la debida diligencia y observación de su obligación contractual de minimizar los costos en provecho de los partícipes.

Este constituye un segundo remanente de \$ 205.101.301.26.

A la suma anterior deberá agregarse, como ingreso adicional, el saldo que resulte a cargo de Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. por concepto de intereses debidos a la obra por los dineros de la misma utilizados para otros propósitos, liquidados hasta el 30 de septiembre de 1995 conforme a los términos del acuerdo celebrado entre las partes y consignado en el acta distinguida con el N° 1 de 19 de septiembre de 1995, es decir un monto igual a \$ 22.570.932.11 (cuadro 3 Reliquidación de intereses: Sumatoria de los intereses causados entre el 10 de ago. de 1994 y el 30 de sep. de 1995).

El resultado se adicionará aun con la suma de \$ 9.420.652.96 que es, de conformidad con el dictamen pericial, el saldo que quedó en la cuenta de Concasa una vez realizados los gastos totales de la obra.

Esto arroja un remanente de \$ 237.092.886.33 que se dividirá por dos para un total a favor de cada socio de \$ 118.546.443.16.

De la mitad correspondiente a la sociedad convocante se restará la suma de \$ 40.151.420 que es la porción de la utilidad que se paga, de conformidad con los términos de la promesa de compraventa correspondiente, con el valor asignado a los apartamentos que se reservó la sociedad convocante, según el contrato de cuentas en participación.

Este monto según la promesa celebrada se pagará “con la liquidación de dicho contrato”.

A este respecto el tribunal señala que la promesa en cuestión, aunque celebrada sin la participación formal de la convocada, desarrolla claramente la voluntad de las partes en el contrato y, de hecho, no solo esta deducción es admitida por la propia convocada a través de su apoderado designado para efectos de llevar adelante los trámites de la liquidación del contrato, tal como consta en la carta de febrero 17 que obra a folios 223 y 224 del cuaderno de pruebas 1, sino que resulta un procedimiento adecuado vista la decisión que el tribunal adopta en cuanto al tema de la inclusión de los aportes como costo o su restitución, al cual se hace referencia más adelante.

Sobre el remanente restante, es decir sobre un monto de \$ 78.395.023.16 que es lo que ha debido pagarse como consecuencia de la liquidación oportuna del contrato a la sociedad convocante, por parte del socio gestor se liquidarán intereses legales comerciales de mora desde la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda.

En cuanto se refiere a la inclusión o no inclusión de los aportes como costo y para efecto de su restitución, el tribunal hace expresa manifestación de que ha considerado lo siguiente: Se aparta de los razonamientos expuestos por el apoderado de la parte convocada con ocasión de la objeción que por error grave formuló contra el dictamen pericial rendido en este proceso (fls. 272 a 277), particularmente en lo que tiene que ver con la propuesta de contabilización de los aportes de los partícipes; y ello porque, como ya se dijo, existen diferencias de fondo entre la naturaleza jurídica y la consecuente contabilización de los aportes que se hace con ocasión de una participación y los que corresponden a una sociedad.

No puede aceptarse entonces que los aportes a la participación se contabilicen de la manera que corresponde a los aportes en las sociedades comerciales, como lo plantea el apoderado de la parte convocada en el “ejemplo ilustrativo” que propone en la pieza procesal que se ha mencionado. La posibilidad de construir en el lote de Construcciones Rincón Canal Ltda. y de vender los inmuebles resultantes, todo lo cual implicaba la asunción y el cumplimiento de obligaciones de hacer por parte del partícipe inactivo, así como las acciones a desarrollar por el partícipe activo en cumplimiento de sus propias obligaciones, derivadas de sus propios aportes, no dieron lugar a una supuesta cuenta de capital correspondiente al supuesto “patrimonio social” de las cuentas en participación.

Cuando los partícipes contribuyeron mediante sus respectivas aportaciones, y como ya se explicó en este laudo, no recibieron a cambio ninguna cuota o parte de interés social que pudiera ser considerada como parte alícuota de capital alguno.

Se explica entonces por qué las partes estipularon en la cláusula novena, referente a la liquidación del contrato que en los costos totales del proyecto "... no se incluirá el valor de los aportes del partícipe inactivo y los aportes del partícipe gestor". Cosa distinta es que en los términos de la cláusula 3ª se haya previsto que la unidad correspondiente al séptimo piso reservada expresamente para el partícipe inactivo" para efectos de toda liquidación se tendrá por el valor comercial al momento de efectuarse el pago del mismo", cláusula que explica por qué en la "promesa de venta" se estipuló que el apartamento reservado para el partícipe inactivo se pagaría con cargo al aporte, cuyo valor ascendía a la suma \$ 97.000.000, y con dinero efectivo equivalente a la diferencia entre el valor comercial del inmueble y la cuantía atribuida entre las partes a dicho aporte.

3.10. La mora sobre la utilidad más la corrección monetaria

Para decidir sobre la pretensión de condenar al pago de "intereses comerciales de mora" más la corrección monetaria, el tribunal tuvo en cuenta que la inflación, fundamento de la corrección monetaria, constituye uno de los elementos del interés corriente y por supuesto del moratorio.

En efecto este tribunal considera que por ser uno de los elementos del interés corriente la parte de la tasa destinada a la recuperación de la pérdida del poder adquisitivo, no es viable condenar al pago de intereses de mora más corrección monetaria ⁽³⁾.

IV. Parte resolutive

En mérito de lo expuesto este Tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar no probadas las objeciones por error grave formuladas al dictamen pericial tanto por la convocante como por la convocada.
2. Declarar la no prosperidad de la tacha de testigos.
3. Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada.
4. Declarar que Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. incumplió el contrato de cuentas en participación y es responsable por los perjuicios causados con dicho incumplimiento.
5. Condenar a Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. a pagar dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo la suma de setenta y ocho millones trescientos noventa y cinco mil veintitrés pesos con dieciséis centavos (\$ 78.395.023.16) por concepto de la utilidad a que tenía derecho Construcciones Rincón Canal Ltda.
6. Condenar a Inversiones Fervel Fernández Veloso S. en C. a pagar a Construcciones Rincón Canal Ltda. intereses moratorios a la tasa máxima que permite la ley comercial, sin exceder el tope establecido para la aplicación del artículo 235 del Código Penal, liquidados sobre la suma anterior, desde la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda, 19 de febrero de 1997 hasta la fecha del pago.
7. Denegar la solicitud de condena al pago de la corrección monetaria que la convocante señala en la cuarta pretensión.
8. Denegar la pretensión de condena al pago de impuestos de renta y complementarios solicitados por la convocante en su quinta pretensión.
9. Abstenerse de proferir condena en costas.

10. Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Santa Fe de Bogotá.

11. Ordenar la devolución de las sumas no utilizadas de la partida “Protocolización, registro y otros” a las partes, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

12. Hágase entrega a cada una de las partes de copia auténtica del presente laudo.

Notifíquese.

De la providencia anterior quedaron notificados en audiencia los apoderados de las partes. En seguida el tribunal fijó la fecha del 16 de abril de 1998 a las 2:30 p.m. para la audiencia en que se decidirán las solicitudes de adición, aclaración y correcciones por error aritmético que se lleguen a presentar.
