

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

GONZÁLEZ GUTIÉRREZ LIMITADA

CONTRA

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

LAUDO ARBITRAL

CAPITULO PRIMERO.....	5
ANTECEDENTES	5
1. Partes y representantes.....	5
2. El pacto arbitral	6
3. Convocatoria del Tribunal, designación de los árbitros y etapa introductoria del proceso.....	10
4. Primera Audiencia de Trámite, etapa probatoria y alegaciones finales	12
5. Término de duración del proceso	18
CAPITULO SEGUNDO	20
LA CONTROVERSIA.....	20
1. La Demanda Arbitral.....	20
2. Contestación de la demanda y formulación de excepciones de mérito por la Convocada	42
CAPITULO TERCERO	43
PRESUPUESTOS PROCESALES	43
CAPÍTULO CUARTO	44
ANTECEDENTES DE LA CRISIS QUE AFECTÓ LA ZONA CAFETERA Y LAS SOLUCIONES QUE ADOPTÓ EL GOBIERNO NACIONAL PARA CONJURARLA	44
1. El terremoto de la Zona Cafetera y sus efectos sobre la comunidad y la economía de la región.....	44
2. Medidas gubernamentales para solucionar la crisis y normatividad expedida.	47
3. Proyectos Colectivos en Vitrina Inmobiliaria.	54
4. Relaciones jurídicas entre Fiduciaria La Previsora S.A. y el Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero (FOREC).....	58
4.1 Contrato de Encargo Fiduciario 1418-99.	58
4.2 Contrato de Fiducia Mercantil No. 1426-99.....	59
4.3 Convenio Interadministrativo.	60

4.4	Propuesta Técnica y Económica Vitrina Inmobiliaria.....	61
5	Particularidades del Proyecto G5 -12-E1 Urbanización Las Colinas.....	63
CAPÍTULO QUINTO		64
CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACION INMOBILIARIA, CIUDADELA LAS COLINAS. Inmueble: Lote No 2 Paraje de Hojas Anchas Jurisdicción de Armenia Quindío.....		64
1	Aspectos Generales.....	64
2	Órganos de Operación del Fideicomiso.....	71
3	Distribución de cargas y riesgos en el Contrato de Fiducia para el desarrollo del proyecto constructivo.....	73
3.1	Construcción de las unidades de vivienda.....	74
3.1.1	Para el Fideicomitente Constructor.....	74
3.1.2	Para el Fideicomitente Propietario.....	76
3.1.3	Para la Fiduciaria.....	76
3.2	Financiación. Disponibilidad de Recursos para hacer pagos.....	76
3.2.1	Para el Fideicomitente Constructor.....	77
3.2.2	Para el Fideicomitente Propietario.....	79
3.2.3	Para la Fiduciaria.....	79
3.3	Realización de los pagos. Errores y Omisiones.....	80
3.3.1	Para el Fideicomitente Constructor.....	81
3.3.2	Para el Fideicomitente Propietario.....	82
3.3.3	Para la Fiduciaria.....	83
3.4	Transferencia del derecho de dominio sobre las Unidades Inmobiliarias. Riesgo Legal.....	83
3.4.1	Para el Fideicomitente Constructor.....	84
3.4.2	Para el Fideicomitente Propietario.....	84
3.4.3	Para la Fiduciaria.....	84
4	Dinámica del Flujo de Desembolsos.....	85
4.1	Circular No. 105 del FOREC de fecha 15 de junio de 2000.....	85
4.2	Configuración del endoso del subsidio.....	86
5	Actos del Comité Fiduciario.....	86
5.1	Acta 1 de Noviembre 20 de 2000.....	87
5.2	Acta No. 3 del 6 de Diciembre de 2000.....	88
5.3	Acta No 4 del 19 de diciembre del 2000.....	88
5.4	Acta No. 5 del 12 Enero de 2001.....	88
5.5	Acta 6 del 23 de Enero de 2001.....	89
5.6	Acta No. 7 de 5 de Febrero de 2001.....	89
5.7	Acta 8 del 9 de Febrero de 2001.....	90
5.8	Acta 9 del 26 de Febrero de 2001.....	90
5.9	Acta No. 10 del 14 de Marzo de 2001.....	90
5.10	Acta 13 del 17 de Abril de 2001.....	91
5.11	Acta 22 del 9 de Julio de 2001.....	92
5.12	Acta 23 del 27 de Julio de 2001.....	92
5.13	Acta 25 del 3 de Septiembre de 2005.....	93
5.14	Acta 26 del 19 de Septiembre de 2001.....	93

5.15	Acta 27 del 8 de Octubre de 2001.	94
5.16	Acta 28 del 25 de Octubre de 2001.	94
5.17	Acta 32 del 21 de febrero de 2002.....	95
5.18	Acta 36 del 23 de Mayo de 2002.....	95
5.19	Acta 46 de 24 de Enero de 2003.....	97
6	Informes de la Fiduciaria.....	98
6.1	Informe de Gestión de Enero de 2001 a Febrero de 2003.....	98
6.2	Informe de Gestión de Marzo de 2003.	98
6.3	Informe de Gestión de Mayo de 2003	98
6.4	Informe de Gestión de Julio de 2003 y siguientes.....	99
6.5	Informe de Gestión de Agosto de 2005.	100
6.6	Informe de gestión de Diciembre de 2005.....	100
CAPÍTULO SEXTO		101
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LA CONDUCTA DE LA FIDUCIARIA		101
1	La calidad profesional que ostentan las partes	101
2	Deber de conducta de la Fiduciaria.	105
2.1	Gestionar ante el FOREC y FOCAFE II la emisión de cartas de subsidio.	109
2.2	Girar los dineros del FOREC al patrimonio autónomo.	111
2.3	Girar los dineros del Fideicomiso al Fideicomitente Constructor.....	112
2.4	Coordinar el flujo de caja del Proyecto.	115
2.5	Entregar y escriturar las Unidades inmobiliarias a los compradores.....	116
2.6	Otras consideraciones.....	117
Del acervo probatorio allegado al expediente, el Tribunal encuentra que, no obstante lo dicho en este capítulo del Laudo, La Fiduciaria incurrió en algunas omisiones que si bien no tuvieron relevancia para efectos del fallo, no pueden pasar inadvertidas aunque tendrían justificación en las difíciles circunstancias sociales y económicas que rodearon la zona del desastre donde se ejecutó el contrato objeto del presente trámite arbitral, circunstancias que no fueron ajenas al propio FOREC, tal como se aceptó en una sesión del Consejo Directivo de este órgano.....		117
2.7	Ajuste Financiero.....	117
CAPÍTULO SÉPTIMO		120
EL DAÑO O PERJUICIO DE LA CONVOCANTE		120
CAPÍTULO OCTAVO		123
TACHA DE TESTIGOS		123
CAPITULO NOVENO		123
COSTAS		123
RESUELVE:		126

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

GONZÁLEZ GUTIÉRREZ LIMITADA

CONTRA

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010)

El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir en derecho las controversias suscitada entre GONZÁLEZ GUTIÉRREZ LIMITADA (en adelante GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, la parte actora, la parte convocante o la Convocante) y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (en adelante LA FIDUCIARIA, la parte demandada, la parte convocada o la Convocada), profiere el presente laudo arbitral después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Código de Procedimiento Civil, el Decreto 1818 de 1998 y en el Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con lo cual decide la controversia planteada en la demanda y en su contestación.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1. Partes y representantes.

La parte convocante en el presente proceso es **GONZÁLEZ GUTIÉRREZ LIMITADA**, sociedad legalmente constituida mediante Escritura Pública Número 201 de marzo 9 de 1998, otorgada en la Notaría Quinta de Armenia. Dicha sociedad tiene actualmente su domicilio principal en la ciudad de Armenia y comparece a este proceso a través del señor **ALBERTO BOTERO MÁRQUEZ**, Representante Legal, según consta en el certificado de existencia expedido por la Cámara de Comercio de Armenia (Folios 31 a 34 del cuaderno principal No.1). Su apoderado judicial es el doctor **ALBERTO PRECIADO ARBELÁEZ**, a quien se le reconoció personería para actuar en el presente proceso, de conformidad con el poder obrante a folio 30 del mismo cuaderno principal.

La parte convocada es **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, sociedad anónima de economía mixta de carácter indirecto y del Orden Nacional, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, legalmente constituida mediante Escritura Pública Número 25 del 29 de marzo de 1985 otorgada en la Notaría Treinta y Tres de Bogotá. Dicha sociedad tiene actualmente su domicilio principal en la ciudad de Bogotá y comparece a este proceso a través del señor **GONZALO ENRIQUE PÉREZ AGUIRRE**, Director Jurídico y Representante Legal, según consta en el certificado de existencia expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia (Folio 123 del cuaderno principal No.1). Su apoderado judicial es el doctor **JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO**, a quien se le reconoció personería para actuar en el presente proceso, de conformidad con el poder obrante a folio 122 del mismo cuaderno principal.

2. El pacto arbitral.

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente proceso se encuentra contenido en la cláusula trigésima quinta del “*Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria*”, celebrado entre las partes mediante Escritura Pública Número 2559 del 8 de noviembre de 2000, otorgada en la Notaría Quinta de Armenia, modificado por Escritura Pública Número 12856 del 27 de septiembre de 2006, otorgada en la Notaría Veintinueve de Bogotá y modificada en varias oportunidades así: en audiencia de nombramiento de árbitros llevada a cabo el 10 de mayo de 2007, en el documento de fecha 14 de mayo de 2008, en documento de fecha septiembre 11 de 2009 y en el documento de fecha 26 de mayo de 2010.

La cláusula trigésima quinta del “*Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria*”, celebrado entre las partes mediante Escritura Pública Número 2559 del 8 de noviembre de 2000, es del siguiente tenor:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA.- CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que surjan con ocasión de la interpretación, celebración, ejecución y liquidación del presente contrato de Fiducia y que no puedan ser resueltas por las partes, se someterán a un Tribunal de Arbitramento con sede en la ciudad de Armenia (Quindío), conformado por tres árbitros designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Armenia. El Arbitramento se efectuará en derecho y se regulará por las disposiciones legales sobre la materia.”¹

La cláusula compromisoria, modificada por Escritura Pública Número 12856 del 27 de septiembre de 2006, otorgada en al Notaría Veintinueve de Bogotá, es del siguiente tenor:

¹ Folios 41 del Cuaderno de Pruebas No. 1

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA- COMPROMISORIA. Las diferencias que surjan con ocasión de la interpretación, celebración, ejecución y liquidación del presente Contrato de Fiducia y que no puedan ser resueltas por las partes, se someterán al Trámite Arbitral previsto en el decreto 1818 de 1998 o las normas que lo modifiquen, aclaren o adicionen y demás normas concordantes, el cual se regirá por las siguientes cláusulas: (i) Fallará en derecho; (ii) será conformado por tres (3) árbitros designados así. Uno por cada una de las partes y el tercero por los dos árbitros designados. En caso de no lograrse acuerdo entre éstos, será designado por la Cámara de Comercio de Bogotá (D.C.); (iii) sesionará en la ciudad de Bogotá D.C. en la Cámara de Comercio de esa misma ciudad. (iv) Las partes, con la firma del presente documento, y en caso de convocarse el tribunal de arbitramento, manifiestan que se acogen al reglamento establecido para el efecto por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. en armonía con las disposiciones legales vigentes sobre la materia.”²

De otro lado, en audiencia celebrada el 10 de mayo de 2007 las partes modificaron el contenido del pacto arbitral, quedando del siguiente tenor:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA – CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que surjan con ocasión de la interpretación, celebración, ejecución y liquidación del presente Contrato de Fiducia y que no puedan ser resueltas por las partes, se someterán al Trámite Arbitral previsto en el decreto 1818 de 1998 o las normas que lo modifiquen, aclaren o adicionen y demás normas concordantes, el cual se regirá por las siguientes cláusulas: (i) Fallará en derecho; (ii) será conformado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo entre las partes. En caso de no lograrse acuerdo entre éstos, será designado por la Cámara de Comercio de Bogotá (D.C.); (iii) sesionará en la ciudad de Bogotá D.C. en la

² Folio 47 del Cuaderno de Pruebas No. 1

Cámara de Comercio de esa misma ciudad, (iv) las partes, con la firma del presente documento, y en caso de convocarse el tribunal de arbitramento, manifiestan que se acogen al reglamento establecido para el efecto por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. en armonía con las disposiciones legales vigentes sobre la materia. ”³

En documento de fecha 14 de mayo de 2008, mediante otrosí al Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria, las partes modificaron el contenido del pacto arbitral en los siguientes términos:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA – CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que surjan con ocasión de la interpretación, celebración, ejecución y liquidación del presente Contrato de Fiducia y que no puedan ser resueltas por las partes, se someterán al Trámite Arbitral previsto en el decreto 1818 de 1998 o las normas que lo modifiquen, aclaren o adicionen y demás normas concordantes, el cual se regirá por las siguientes cláusulas: (i) Fallará en derecho; (ii) será conformado por tres (3) árbitros designados así: Uno por cada una de las partes y el tercero por los dos árbitros designados. En caso de no lograrse acuerdo entre éstos, será designado por la Cámara de Comercio de Bogotá (D.C.); (iii) Sesionará en la ciudad de Bogotá D.C. en la Cámara de Comercio de esa misma ciudad, (iv) las partes, con la firma del presente documento, y en caso de convocarse el tribunal de arbitramento, manifiestan que se acogen al reglamento establecido para el efecto por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. en armonía con las disposiciones legales vigentes sobre la materia .v) El plazo consagrado en el artículo 14 del reglamento de procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2008.”⁴

³ Folio 57 del Cuaderno Principal No. 1.

⁴ Folio 348 del Cuaderno Principal No. 1.

En documento de fecha 11 de septiembre de 2009, mediante un nuevo otrosí, las partes modificaron el contenido del pacto arbitral, el cual quedó del siguiente tenor:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA – CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que surjan con ocasión de la interpretación, celebración, ejecución y liquidación del presente Contrato de Fiducia y que no puedan ser resueltas por las partes, se someterán al Trámite Arbitral previsto en el decreto 1818 de 1998 o las normas que lo modifiquen, aclaren o adicionen y demás concordantes, el cual se regirá por las siguientes cláusulas: (i) Fallará en derecho; (ii) será conformado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo entre las partes. En caso de no lograrse acuerdo entre éstos, será designado por la Cámara de Comercio de Bogotá (D.C.); (iii) sesionará en la ciudad de Bogotá D.C. en la Cámara de Comercio de esa misma ciudad, (iv) las partes, con la firma del presente documento, y en caso de convocarse el tribunal de arbitramento, manifiestan que se acogen al reglamento establecido para el efecto por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. en armonía con las disposiciones legales vigentes sobre la materia; v) El plazo consagrado en el artículo 15 del reglamento de procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se prorroga hasta el 30 de junio de 2010.”⁵

Posteriormente, en documento de fecha 26 de mayo de 2010 las partes una vez más modificaron el contenido del pacto arbitral cuyo texto quedó entonces del siguiente tenor:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA – CLÁUSULA COMPROMISORIA: “Las diferencias que surjan con ocasión de la interpretación, celebración, ejecución y liquidación del presente Contrato de Fiducia y que no puedan ser resueltas por las partes, se someterán al Trámite Arbitral previsto en el decreto 1818 de 1998 o a las normas que lo modifiquen, aclaren o adicionen y demás concordantes, el cual se regirá por las siguientes cláusulas: i) Fallará en derecho; ii) será conformado por

⁵ Folio 488 del Cuaderno Principal No. 1.

tres (3) árbitros designados de común acuerdo entre las partes. En caso de no lograrse acuerdo entre estos, será designado por la Cámara de Comercio de Bogotá (D.C.); iii) Sesionará en la ciudad de Bogotá D.C. en la Cámara de Comercio de esa misma ciudad; iv) Las partes, con la firma del presente documento, y en caso de convocarse el Tribunal de Arbitramento, manifiestan que se acogen al reglamento establecido para el efecto por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., en armonía con las disposiciones legales vigentes sobre la materia; v) el plazo consagrado en el artículo 14 del reglamento de procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se prorroga hasta el 30 de noviembre de 2010.”⁶

3. Convocatoria del Tribunal, designación de los árbitros y etapa introductoria del proceso.

La integración del Tribunal de Arbitramento se desarrolló de la siguiente manera:

- 3.1. La demanda arbitral fue presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Comercio de Bogotá el 10 de abril de 2007 y se fundamentaba en la cláusula compromisoria contenida en el “Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria”, cuyo tenor literal fue transcrito al inicio del presente Laudo.⁷
- 3.2. Inicialmente el Tribunal estuvo integrado por los doctores Consuelo Sarria Olcos, Luis Salomón Helo Kattah y Santiago Jaramillo Villamizar. Sin embargo ante la renuncia de los dos primeros, posteriormente quedó integrado por el doctor Jaramillo Villamizar y por los doctores Stella Villegas de Osorio y Francisco Morris Ordóñez.

⁶ Folio 197 del Cuaderno Principal No. 2

⁷ Folios 1 a 29 del Cuaderno Principal No. 1.

- 3.3. El 5 de julio de 2007 se llevó a cabo la audiencia de instalación, en la cual, por decisión de los miembros del Tribunal, se designó como Presidente del mismo a la doctora Consuelo Sarria Olcos. Adicionalmente mediante Auto No. 1 (Acta No. 1), el Tribunal se declaró legalmente instalado, designó como secretaria a la Doctora Alejandra Vásquez, fijó como lugar de funcionamiento y Secretaría el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, procedió a fijar las sumas por concepto de honorarios de los árbitros y de la secretaria, gastos de administración a favor del CAC, y otros gastos.⁸
- 3.4. El 16 de agosto de 2007, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 9 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En dicha audiencia, mediante Auto No. 3 el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración, y adicionalmente, por Auto No. 4 admitió la demanda, ordenó correr traslado de la misma por el término de 10 días y notificar dicha providencia a la parte convocada, notificación que se surtió en la misma fecha.⁹
- 3.5. El 31 de agosto de 2007, estando dentro de la oportunidad legal, la parte convocada contestó la demanda arbitral, con expresa oposición a las pretensiones e interposición de excepciones.¹⁰
- 3.6. Mediante fijación en lista se corrió traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda. Dentro del término del traslado, la parte convocante presentó un escrito en el cual emite el correspondiente pronunciamiento.¹¹

⁸ Folios 111 a 113 del Cuaderno Principal No. 1.

⁹ Folios 116 a 121 y 128 del Cuaderno Principal No. 1.

¹⁰ Folios 129 a 146 del Cuaderno Principal No. 1.

¹¹ Folios 147 a 152 ibídem.

- 3.7. El 25 de septiembre de 2007, la parte convocante presentó un escrito de reforma de la demanda. El Tribunal, mediante Auto No. 7 de fecha 26 de septiembre de 2007, admitió dicha reforma y ordenó correr traslado a la parte convocada por el término legal de 5 días.¹²
- 3.8. El 3 de octubre de 2007, estando dentro de la oportunidad legal, la parte convocada contestó la reforma de la demanda con oposición expresa a las pretensiones e interposición de excepciones.¹³
- 3.9. Mediante fijación en lista se corrió traslado de las excepciones propuestas en la contestación a la reforma de la demanda. Dentro del término del traslado, la parte convocante presentó un escrito en el cual se pronuncia respecto de este traslado, y solicitó la práctica de pruebas adicionales.¹⁴
- 3.10. El 24 de octubre de 2007 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por no haberse logrado acuerdo entre las partes. En tal oportunidad el Tribunal procedió a decretar las pruebas del proceso.¹⁵
- 3.11. El día 30 de noviembre de 2009, la doctora Alejandra Vásquez Velandia, presentó renuncia a su cargo como Secretaria y en su reemplazo, el Tribunal mediante Auto No. 36 designó a la doctora Gabriela Monroy Torres quien tomó posesión de su cargo ante la Presidente del Tribunal.

4. Primera Audiencia de Trámite, etapa probatoria y alegaciones finales.

¹² Folios 155 a 189 ibídem.

¹³ Folios 190 a 212 ibídem.

¹⁴ Folios 213 a 216 ibídem.

¹⁵ Folios 222 a 232 del Cuaderno Principal No. 1.

4.1. El 24 de octubre de 2007 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, en la que, mediante Auto No. 9 el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en sus escritos, por haber sido solicitadas oportunamente.

4.2. La etapa probatoria se desarrolló en la siguiente forma:

4.2.1. Documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada uno corresponda, los documentos enunciados en la demanda arbitral y en su reforma, así como aquellos enunciados y aportados con la contestación de la demanda inicial con la contestación de la demanda reformada, así como aquellos allegados con el memorial por medio del cual la parte convocante recorrió el traslado de las excepciones de mérito.

Se incorporaron los documentos aportados como resultado de la inspección judicial, los decretados de oficio por el Tribunal y aquellos relacionados con los oficios ordenados en el Auto de Pruebas.

4.2.2. Testimonios y Declaración de Parte.

En audiencias celebradas entre el 24 de octubre de 2007 y el 29 de octubre de 2009 se recibieron los testimonios de las personas que se indican a continuación al igual que la declaración de parte del representante legal de la sociedad Convocada. Las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C. de P. C.

- El 24 de octubre de 2007 se recibieron los testimonios de los señores Uriel Orjuela Ospina, Luis Herney Alvarez Escárraga (testigo que fue tachado de

sospechoso por el apoderado de la parte convocante), Luis Fernando Gaviria Velásquez y Gustavo Henao Rivera.¹⁶

- El 11 de diciembre de 2007 se recibió la declaración de parte del señor Juan Pablo Suárez Calderón, representante legal de la parte convocada, así como los testimonios de los señores Edgar Fernando Nieto (testigo que fue tachado de sospechoso por el apoderado de la parte convocante), Jhon Carlos Pino Franco (testigo que fue tachado de sospechoso por el apoderado de la parte convocante), Alvaro Barreto Lugo (testigo que fue tachado de sospechoso por el apoderado de la parte convocante) y Diego Mejía Jiménez.¹⁷
- El 22 de abril de 2008, se recibió el testimonio del señor Rodrigo Zambrano Simmonds.¹⁸
- El 29 de octubre de 2009, en virtud de prueba decretada de oficio, se recibió la ampliación del Testimonio del señor Luis Herney Alvarez Escárraga, así como el testimonio del señor Juan Pablo Suárez Calderón.¹⁹

La Convocante desistió de la práctica de los testimonios de los señores Everardo Murillo Sánchez, Guillermo José Arcila Soto, Juan Carlos López Castrillón y Álvaro Barreto Lugo.

De su lado, la Convocada desistió de la práctica del testimonio del señor José Alberto Serna Jaramillo.

4.2.3. Dictámenes Periciales

¹⁶ Folios 272 a 302 del Cuaderno de Pruebas No. 9.

¹⁷ Folios 208 a 271 Ibídem.

¹⁸ Folios 303 a 315 Ibídem.

¹⁹ Folios 21 a 30 del Cuaderno de Pruebas No. 13.

- a. Se practicó un dictamen pericial rendido por la perito ANA MATILDE CEPEDA, designada por el Tribunal. Del citado dictamen se corrió traslado de conformidad con el artículo 238 del C. de P. C. Estando dentro del término del traslado, las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron rendidas en tiempo por la señora perito.²⁰ El dictamen fue objetado por la parte convocante quien posteriormente desistió de dicha objeción.
- b. Se practicó un dictamen pericial en los términos solicitados por el señor apoderado de la parte convocada, el cual fue rendido por la LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DEL QUINDÍO, del que se corrió traslado de conformidad con el artículo 238 del C. de P. C. Estando dentro del término del traslado, las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron respondidas en tiempo por el perito designado.²¹

4.2.4. Oficios

- ° A la **Fiduciaria La Previsora S.A.**, a fin de que remitiera los siguientes documentos:
 1. Las actas de Junta Directiva donde figuren las decisiones tomadas en relación con la sucursal de Armenia y el manejo de los fondos del FOREC.
 2. Copia auténtica de la respuesta presentada por FIDUCIARIA LA PREVISORA ante el FOREC, con base en la cual se celebraron los contratos fiduciarios entre tales entidades para el manejo de los recursos destinados a la reconstrucción de vivienda del eje cafetero.
 3. Copia auténtica de todos los contratos fiduciarios celebrados con el FOREC con base en la propuesta a que se refiere el numeral anterior.

²⁰ Cuadernos de Pruebas No. 10, 11 y 12.

²¹ Cuadernos de Pruebas No. 13 Folios 31 a 67 y Cuadernos de Pruebas No. 15, 16, 17, 18 y 19.

La correspondiente respuesta obra a folios 159 a 262 del cuaderno de pruebas No. 8.

- Al **Banco de Bogotá**, a fin de que expidiera y remitiera al Tribunal un certificado detallado en el que indique a la fecha cuál es el valor total que adeuda González Gutiérrez a esta entidad en virtud de las obligaciones crediticias No. 4342 y 4341, por concepto de capital, intereses pagados y por pagar y honorarios de abogados.

La correspondiente respuesta obra a folios 1 a 16 del cuaderno de pruebas No. 5.

- A la **Central de Información CIFIN**, a fin de que expidiera y remitiera un certificado detallado que indique la fecha en la cual se reportó a los socios de González Gutiérrez Limitada en las centrales de riesgo financieras, por el incumplimiento de las obligaciones crediticias No. 4342 y 4341, adquiridas con el Banco de Bogotá.

La correspondiente respuesta obra a folio 171 del cuaderno principal No. 2.

- A la **Presidencia de la República – Agencia Presidencial para la Acción Social y Cooperación Internacional**, a fin de que remitiera copia de los siguientes documentos:
 - Las circulares 096, 105, 117, 122 y 134 de 2000 y 146, 146A, 152, 155 y 162 de 201, expedidas por el Director Ejecutivo del Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero - FOREC.
 - Las actas de las sesiones del Consejo Directivo del Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero – FOREC.

La correspondiente respuesta obra en el cuaderno de pruebas No. 7.

- A la **Sociedad de Ingenieros del Quindío**, a fin de que remitiera copia auténtica de los informes de Interventoría correspondientes al proyecto Las Colina I.

La correspondiente respuesta obra en los cuadernos de pruebas Nos. 13 y 14.

4.2.5. Prueba Traslada

El Tribunal ordenó oficiar a la **Cámara de Comercio de Armenia**, a fin de que remitiera copia de los siguientes documentos que hacen parte del trámite arbitral iniciado por González Gutiérrez Ltda. contra Fiduciaria La Previsora S.A. con ocasión de las diferencias que surgieron entre éstas respecto de los contratos de fiducia relativos a los fideicomisos El Porvenir y Colinas II.

- Los documentos rotulados como anexos 1 a 7, 13 y 14, aportados por la parte demandada junto con la contestación de la demanda.
- Los documentos obtenidos mediante oficio No. 011 remitido por el Tribunal de Arbitramento a la Red de Solidaridad Social.
- Las declaraciones rendidas por César Gómez Estrada, María Teresa Ramírez Palacio y Luis Eduardo Gutiérrez Maza.
- De la demanda, del escrito mediante el cual fue sustituida y de la contestación de la misma.

La correspondiente respuesta obra a folios 1 a 207 del cuaderno de pruebas No. 9.

4.2.6. Inspección judicial con exhibición de documentos a las sociedades Convocante y Convocada.

Al proferir el auto que decretó las pruebas del proceso, el Tribunal, al amparo de lo previsto en el artículo 244 del C.P.C., suspendió el decreto de dichas pruebas.

Posteriormente, mediante auto No. 27, el Tribunal decretó la práctica de la inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de perito en las oficinas de la Fiduciaria La Previsora S.A., diligencia que tuvo lugar en los días 15 y 24 de julio de 2008.

Los documentos exhibidos fueron incorporados al expediente.

La parte convocada desistió de la práctica de la inspección judicial con intervención de perito experto en temas inmobiliarios.

4.3. Al cerrar la etapa probatoria, en la audiencia celebrada el 18 de junio de 2010 las partes manifestaron su conformidad con la actuación procesal desplegada, la duración transcurrida del proceso, las suspensiones solicitadas y decretadas, la forma en que la totalidad de las pruebas fueron evacuadas y el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales.

4.4. Mediante Auto No. 44 de fecha 18 de junio de 2010, el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones, por encontrar que las pruebas decretadas fueron practicadas en forma oportuna. En consecuencia, el 19 de agosto de 2010, las partes alegaron de conclusión en forma oral. Los correspondientes resúmenes escritos fueron incorporados al expediente.²² En esa misma oportunidad, el Tribunal fijó fecha para la audiencia de lectura del presente laudo arbitral.

El 2 de septiembre de 2010, el señor agente del Ministerio Público acreditado en esta actuación, presentó el escrito contentivo de su concepto final.²³

5. Término de duración del proceso.

²² Cuaderno Principal No. 2, folios 235 a305 398

²³ Folios 306 a 368 *Ibidem*.

El término de duración del presente proceso es de seis meses por mandato del artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, como quiera que las partes no pactaron nada distinto en esta materia. Su cómputo inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el 24 de octubre de 2007, con lo cual el término de seis meses previsto en la ley, habría vencido el 23 de abril de 2008.

Sin embargo, mediante Auto No. 17²⁴ del 31 de enero de 2008, el Tribunal, en uso de la facultad consagrada en el artículo 14 del citado reglamento, aplicable a este trámite en virtud de lo previsto por la cláusula compromisoria, dispuso la ampliación del término del proceso por seis meses contados a partir del vencimiento del plazo inicial, es decir hasta el día 24 de octubre de 2008.

De otra parte, mediante otrosí de fecha 28 de mayo de 2008, las partes modificaron la cláusula compromisoria con el fin de prorrogar el término del proceso arbitral hasta el 31 de diciembre de 2008.²⁵

Posteriormente, mediante otrosíes de fechas septiembre 11 de 2009 y 26 de mayo de 2010, las partes modificaron nuevamente la cláusula compromisoria con el fin de prorrogar el término del proceso arbitral en una primera oportunidad hasta el 30 de junio de 2010 y en una segunda hasta el 30 de noviembre de 2010, respectivamente.

Adicionalmente el término del trámite arbitral estuvo suspendido durante los periodos que se indican a continuación, por solicitud presentada en forma conjunta por las partes y por el decreto de tales suspensiones por el Tribunal.

Acta	Folio	Fecha suspensión	Hábiles
Acta 7 – Auto 11	230	Octubre 25 a Noviembre 12/07 (ambas fechas inclusive)	11

²⁴ Folio 285 del Cuaderno Principal No. 1

²⁵ Folios 244 y 295 del Cuaderno Principal No. 1

Acta 9 – Auto 16	276	Diciembre 12/07 a Enero 20/08 (ambas fechas inclusive)	25
Acta 10 – Auto 17	285	Febrero 2 a Marzo 25/08 (ambas fechas inclusive)	34
Acta 28- Auto 38	30	Diciembre 11 a Enero 19/10 (ambas fechas inclusive)	25
Acta 32- Auto 42	150	Mayo 14 a Mayo 23/10 (ambas fechas inclusive)	5

Total 100

De otra parte, debido a la renuncia de los árbitros Consuelo Sarria Olcos y Luís Helo Kattah formulada el 15 de octubre de 2008, el término del trámite arbitral estuvo suspendido hasta que el Tribunal se reintegró mediante la designación y la correspondiente aceptación de los árbitros Stella Villegas de Osorio y Francisco Morris Ordóñez.

En vista de lo anterior, el término vence el día 30 de noviembre de 2010, y con ello ha de concluirse que el presente Laudo se profiere dentro de la oportunidad de ley.

CAPITULO SEGUNDO

LA CONTROVERSIA

1. La Demanda Arbitral.

1.1. Hechos

Las pretensiones formuladas por la parte convocante en la demanda arbitral, están fundamentadas en los siguientes hechos:

“1.- Como mecanismo para conjurar la crisis social y económica de la región del Eje Cafetero, con ocasión del terremoto del 25 de Enero de 1999, el Gobierno Nacional

creó el Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero - FOREC, a través del cual se canalizaron los recursos de todo orden, dirigidos a la reconstrucción de las viviendas y a la atención de la población afectada.”

“2.- El FOREC, convocó a una “Vitrina Inmobiliaria” coordinada por la Cámara de Comercio de Armenia, donde los Constructores interesados presentaron proyectos de vivienda, dirigidos a las familias afectadas que hubiesen sido beneficiarias de subsidio de vivienda, en programas previamente declarados como elegibles por el FOREC.”

“3.- El proyecto de vivienda presentado por LA COMPAÑÍA, fue declarado elegible por el FOREC, de acuerdo con el certificado de 13 de septiembre de 2000, adicionado por otro del 9 de febrero de 2001 y reformado por uno del 24 de abril de 2001.”

“4.- El esquema de vinculación de los beneficiarios de subsidio de vivienda a los proyectos ofrecidos, funcionaba, así:

“4.1.- La familia afectada se inscribía y se postulaba ante las Gerencias Zonales en que se había dividido Armenia;

“4.2.- La Gerencia Zonal certificaba al FOREC que el postulado cumplía las condiciones para acceder al subsidio;

“4.3.- Las Gerencias Zonales entregaban a las familias beneficiarias, una “ficha de selección de proyecto de vivienda”, la cual los acreditaba como adjudicatarios del subsidio, para poder acogerse a algún programa declarado elegible en la Vitrina Inmobiliaria, promovida por el FOREC a través de la Cámara de Comercio de Armenia;

“4.4.- El FOREC entregaba a los beneficiarios, las cartas de adjudicación de los subsidios con el monto y la destinación específica del proyecto seleccionado;

“4.5.- Con las cartas de asignación, LA COMPAÑÍA y los beneficiarios suscribían las promesas de compraventa y los endosos de los subsidios, para que pudieran ser aplicados esos recursos al proyecto.”

“5.- Posteriormente el FOREC mediante comunicación del 6 de octubre de 2000, certificó el cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario, para poner en marcha el proyecto.”

“6.- El proyecto de vivienda presentado por LA COMPAÑÍA al FOREC, incluía un cronograma de construcción proyectado de acuerdo con los desembolsos de los recursos provenientes de los subsidios otorgados por el FOREC.”

“7.- Para el otorgamiento de subsidios destinados a la adquisición de inmuebles, el artículo 11 del Decreto 350 de 1999, estableció que:

“El Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero destinará parte de sus recursos a la constitución de un fondo fiduciario administrado a través de uno o varios contratos fiduciarios, para estimular el otorgamiento de subsidios a la demanda de inmuebles...”

“8.- Como requisito de la convocatoria realizada por el FOREC, todos los proyectos inmobiliarios que hubieren sido elegidos a través de la Vitrina Inmobiliaria, debían ser desarrollados a utilizando contratos de fiducia mercantil. (numeral 10 de las consideraciones de EL CONTRATO).”

“9.- Una vez analizada la propuesta presentada por LA PREVISORA para la administración de los proyectos inmobiliarios, el FOREC mediante comunicación

del 14 de julio de 2000, aprobó la oferta técnica y económica. (numeral 11 de las consideraciones de EL CONTRATO).”

“10.- El FOREC y LA PREVISORA celebraron un Contrato de Fiducia Mercantil, por el cual se conformó el Patrimonio Autónomo denominado FOREC II.”

“11.- LA COMPAÑÍA no escogió la fiduciaria para la administración de su proyecto inmobiliario; fue el FOREC quien previamente había seleccionado a LA PREVISORA para estos efectos.”

“12.- En sesión del Consejo Directivo del FOREC del 4 de octubre de 2000, consignada en el Acta No. 62, el Presidente Ejecutivo de la Cámara de Comercio de Armenia, manifestó su preocupación en relación con el tema de manejo fiduciario de los proyectos de la Vitrina Inmobiliaria, que estaba a cargo de LA PREVISORA: no existía suficiente manejo operativo del tema en Armenia, ni delegación de funciones que permitiera tomar decisiones ágiles para el proceso.”

“13.- Desde el inicio del desarrollo del programa de reconstrucción, se revelaron las deficiencias y negligencia de LA PREVISORA para la administración de los proyectos inmobiliarios.”

“14.- A través del FOREC II, se manejaban las cuentas matrices de los proyectos de construcción, desde las cuales se dirigían los recursos a los patrimonios autónomos conformados para cada proyecto de construcción.”

“15.- Los Constructores debían presentar a LA PREVISORA los subsidios endosados por los beneficiarios, para que ésta solicitara al FOREC el giro de los recursos; una vez ubicados en el FOREC II, debían trasladarse a cada patrimonio autónomo, para ser desembolsados finalmente a los Constructores y así poder financiar su proyecto inmobiliario.”

“16.- De acuerdo con los compromisos adquiridos por LA PREVISORA con el FOREC, los propietarios de los proyectos elegibles suscribirían un contrato de fiducia, que permitiría: a.- Manejar los recursos de los subsidios endosados con rentabilidad financiera y, b.- Garantizar la oportuna entrega de los recursos al proyecto, de acuerdo con el flujo de fondos acordado entre la Fiduciaria y el Constructor.”

“17.- Lo enunciado en el hecho anterior, también quedó consignado en el numeral 3, del literal B, del numeral 4 de la Circular D.E.F. No. 096 del 2 de mayo de 2000, expedida por el FOREC.”

“18.- El 8 de noviembre de 2000, se celebró mediante Escritura Pública No. 2559 de la Notaría Quinta de Armenia, modificado por la Escritura Pública No. 12856 del 27 de septiembre de 2006, de la Notaría Veintinueve de Bogotá D.C., EL CONTRATO de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria, entre LA COMPAÑÍA como Fideicomitente Constructor, y LA PREVISORA S.A. como la Fiduciaria y, otros, como Fideicomitentes Propietarios del bien inmueble, sobre el cual se iba a estructurar el proyecto.”

“19.- El objeto del mencionado contrato fue la conformación de un patrimonio autónomo, con el bien inmueble que transfirió el Fideicomitente Propietario, para la realización del proyecto constructivo, y con los bienes muebles que transfirió LA COMPAÑÍA, con el propósito que LA PREVISORA administrara los recursos fideicomitados y realizara los desembolsos requeridos para el desarrollo del proyecto inmobiliario, consistente en la construcción de un conjunto habitacional de más de mil (1.000) casas unifamiliares, cuyos beneficiarios eran los promitentes compradores.”

“20.- Como consecuencia de EL CONTRATO se creó en LA PREVISORA, el Patrimonio Autónomo denominado Ciudadela Las Colinas – 2011.”

“21.- LA PREVISORA se obligó, entre otras obligaciones, a:

“21.1.- Ejercer los actos tendientes a la protección y defensa de los bienes fideicomitidos;

“21.2.- Realizar todos los actos tendientes al cumplimiento del objeto de EL CONTRATO;

“21.3.- Cumplir con las obligaciones derivadas de EL CONTRATO, conforme a las disposiciones pertinentes de los artículos 1226 a 1244 y 1266 a 1286 del Código de Comercio;

“21.4.- Gestionar ante el FOREC y FOCAFE II, la emisión de las cartas de subsidio y/o el giro de los dineros al patrimonio autónomo.”

“22.- La Cláusula Quinta de EL CONTRATO, expresamente indicó que eran bienes que conformaban el Fideicomiso, entre otros, los subsidios endosados a LA COMPAÑÍA, por los beneficiarios.”

“23.- De conformidad con el Acta No. 1 del Comité Fiduciario del Fideicomiso Las Colinas 2011, a 3 de noviembre de 2000 (fecha anterior a la firma de EL CONTRATO), LA COMPAÑÍA contaba con 860 subsidios debidamente endosados al proyecto, lo que daba a lugar a que el 100% de esos recursos fueran trasladados al Patrimonio Autónomo Ciudadela Las Colinas 2011.”

“24.- Sólo hasta el 6 de diciembre de 2000, es decir un (1) mes después de la firma de EL CONTRATO, LA PREVISORA en reunión de Comité Fiduciario, informó

que el FOREC había ordenado el giro con cargo al Fideicomiso de únicamente 672 subsidios.”

“25.- El hecho anterior prueba la falta de gestión de LA PREVISORA desde el inicio de la ejecución del contrato; no sólo se giró a LA COMPAÑÍA un menor valor del que tenía derecho según los subsidios presentados a LA PREVISORA en debida forma, sino que se realizó tarde.”

“26.- En el informe de rendición de cuentas No. 1 presentado el 6 de febrero de 2001 por LA PREVISORA, a solicitud de LA COMPAÑÍA, se establece que al 31 de diciembre de 2000, LA COMPAÑÍA había entregado a LA PREVISORA 862 subsidios debidamente endosados.”

“27.- LA COMPAÑÍA cumplió con la obligación de entregar los subsidios debidamente endosados y LA PREVISORA debía gestionar ante el FOREC el desembolso de esos recursos, para trasladarlos posteriormente al Fideicomiso Ciudadela Las Colinas 2011 y ser aplicados al proyecto.”

“28.- De la diligencia de LA PREVISORA, dependía que el proyecto cumpliera con el cronograma de obra y flujo de caja acordado.”

“29.- La obligación de LA PREVISORA no era esperar, atenerse o asumir una posición pasiva frente al desembolso de los subsidios por parte del FOREC, LA PREVISORA es un ente supuestamente experto en el manejo de dinero y de gestión.”

“30.- LA PREVISORA expresamente se obligó a GESTIONAR ante el FOREC y FOCAFE II, las cartas de aprobación de los subsidios y/o el giro de los dineros al Fideicomiso.”

“31.- El párrafo segundo de la cláusula Décimo Cuarta de EL CONTRATO, estableció que los recursos requeridos para financiar el proyecto tendrían las siguientes fuentes:

“a.- Subsidios para beneficiarios otorgados por el FOREC, FOCAFE, INURBE, donaciones y recursos de los clientes;

“b.- Los rendimientos financieros provenientes de las inversiones que se hicieran con los excedentes de liquidez producto del desembolso del 100% del subsidio No propietarios al patrimonio autónomo en la fase inicial del proyecto;

“c.- Las cuotas mensuales pactadas con los beneficiarios del subsidio;

“d.- Recursos de LA COMPAÑÍA. No quiere decir, que la PREVISORA se exima de su responsabilidad de actuar diligentemente realizando las gestiones necesarias para entregar los recursos provenientes de estas fuentes a tiempo a LA COMPAÑÍA.”

“32.- No obstante provenir los recursos de las fuentes indicadas en el hecho anterior, LA PREVISORA estaba exenta de responsabilidad. De acuerdo con EL CONTRATO ha debido realizar las gestiones necesarias para entregar los recursos provenientes de estas fuentes a tiempo, a LA COMPAÑÍA.”

“33.- De conformidad con la cláusula Décima Novena de EL CONTRATO, los desembolsos a LA COMPAÑÍA, se estructurarían bajo el siguiente esquema, que dependía del tipo de beneficiario:

“a.- Subsidios Arrendatarios: i.- El Cincuenta por ciento (50%) del valor de los subsidios endosados a título de anticipo, previa aprobación del Interventor y el Comité Fiduciario; ii.- El Cuarenta y cinco por ciento (45%) contra avances de obra,

en cuyo caso se requerirá de las actas respectivas debidamente suscritas por el Interventor y aprobadas por el Comité Fiduciario y, iii.- El cinco por ciento (5%) restante, una vez se haya escriturado y entregado las viviendas a los beneficiarios y acta final de obra, suscrita por el Interventor y aprobada por el Comité Fiduciario.

“b.- Subsidios Reubicados: i.- El treinta y tres punto treinta y ocho por ciento (33.38%) del valor de los subsidios endosados a título de anticipo, previa aprobación del Interventor y el Comité Fiduciario; ii.- El sesenta y un punto sesenta y dos por ciento (61.62%) contra avances de obra, en cuyo caso se requerirá de las actas respectivas debidamente suscritas por el Interventor y aprobada por el Comité Fiduciario, y, iii.- El cinco por ciento (5%) restante, una vez se haya escriturado y entregado las viviendas a los beneficiarios y acta final de obra suscrita por el Interventor y aprobada por el Comité Fiduciario.

“c.- Subsidios de Reparación o Reconstrucción: i.- El cincuenta por ciento (50%) del valor de los subsidios endosados a título de anticipo, previa aprobación del Interventor y el Comité Fiduciario ii.- El cuarenta y cinco por ciento (45%) contra avances de obra, en cuyo caso se requerirá de las actas respectivas debidamente suscritas por el Interventor y aprobadas por el Comité Fiduciario, y, iii.- El cinco por ciento (5%) restante, una vez se haya escriturado y entregado las viviendas a los beneficiarios y acta final de obra suscrita por el Interventor y aprobada por el Comité Fiduciario.”

“34.- El FOREC mediante Circulares Nos. D.E.F. 096 del 2 de mayo de 2000; D.E.F. 105 del 15 de junio de 2000; 134 del 23 de noviembre de 2000; 146 del 20 de enero de 2001; 146A del 29 de enero de 2001; 151 del 5 de marzo de 2001; 152 del 13 de marzo de 2001 y 155 del 15 de marzo de 2001, reglamentó el procedimiento y los requisitos indispensables para el desembolso de los subsidios a LA PREVISORA, para posteriormente ser trasladados a los respectivos

fideicomisos y finalmente girados al Constructor para la financiación del proyecto inmobiliario.”

“35.- La auditoría y control del proyecto inmobiliario estaba a cargo de un Interventor, designado directamente por el FOREC.”

“36.- El Fideicomiso Las Colinas 2011, contaba con un Comité Fiduciario en el cual participaban LA COMPAÑÍA, el Interventor y LA PREVISORA con voz y sin voto.”

“37.- De acuerdo con la Cláusula Vigésima de EL CONTRATO la función principal del Comité Fiduciario era proporcionar los lineamientos y directrices, para que el negocio fiduciario cumpliera con la finalidad prevista.”

“38.- LA PREVISORA incumplió con sus obligaciones contractuales, al obrar descuidadamente y con absoluta negligencia frente a su obligación de gestionar oportunamente ante el FOREC y FOCAFE II, la emisión de las cartas de subsidio y/o el giro de los dineros al patrimonio autónomo Ciudadela Las Colinas – 2011, siendo éstos la fuente principal para la financiación del proyecto.”

“39.- Desde el inicio del desarrollo del proyecto inmobiliario Las Colinas I, se evidenció la intención de LA PREVISORA de sustraerse al cumplimiento de gestionar oportunamente la emisión de las cartas de subsidio y/o el giro de los dineros al patrimonio autónomo, como se lee, a manera de ejemplo, en los documentos relacionados a continuación:

“39.1.- Acta No. 1 de Comité Fiduciario: LA PREVISORA solicitó a LA COMPAÑÍA “que procure la mayor gestión posible ante la Unidad de Gestión del FOREC en el sentido de lograr la vinculación de los beneficiarios al proyecto y la solicitud de aprobación de los subsidios ante el FOREC, para éste tramite la

fiduciaria informa que coadyuvará ante la Unidad de Subsidios la pronta aprobación de los subsidios y agilización del desembolso de los recursos a las cuentas del fideicomiso.”

“39.2.- Acta No. 29 de Comité Fiduciario: LA COMPAÑÍA manifestó que “respecto al trámite de los subsidios de ley Quimbaya correspondientes a los beneficiarios de FOCAFE realizará los trámites pendientes ante la misma para que se autorice al FOREC a desembolsar los recursos...”

“39.3.- Acta No. 36 de Comité Fiduciario: “El Fideicomitente informa que en las semanas anteriores tramitó ante FOCAFE el giro de subsidios, los cuales ingresaron al fideicomiso, con base en estos recursos es que solicita que se apruebe el acta de avance de obra y se realice el desembolso.”

“39.4.- Comunicación ARM-1102 del 17 de marzo de 2003, por la cual LA PREVISORA rindió cuentas a varios fideicomisos, incluyendo el de Las Colinas I: “d. Las obligaciones de la Fiduciaria traídas de la Cláusula Décima Sexta del acto constitutivo (del fideicomiso FOREC II), las cuales se acompañan con la propuesta presentada al FOREC y con lo acostumbrado y aceptado por la Superintendencia Bancaria en estos casos, no le arrojan la obligación de gestionar el ingreso de recursos a los patrimonios autónomos.”

“40.- LA PREVISORA incumplió EL CONTRATO al no realizar los actos necesarios para la consecución de la finalidad del fideicomiso, esto es, administrar los recursos fideicomitados y realizar los desembolsos requeridos para el desarrollo del proyecto inmobiliario.”

“41.- LA PREVISORA incumplió con lo previsto en EL CONTRATO al retrasar el traslado de los recursos del FOREC II, al Fideicomiso Ciudadela Las Colinas 2011, causando perjuicios millonarios a LA COMPAÑÍA.”

“42.- LA PREVISORA incumplió con lo previsto en EL CONTRATO, al no contabilizar, de acuerdo con los principios de causación, los endosos de los subsidios o el derecho que ellos representaban.”

“43.- Sólo se registraron los recursos que ingresaban efectivamente a las cuentas del patrimonio; sin tener en cuenta que la Cláusula Quinta de EL CONTRATO, que señalaba que los subsidios endosados a LA COMPAÑÍA eran bienes que conformaban el Fideicomiso.”

“44.- Los subsidios no se recibieron por el patrimonio autónomo en las oportunidades y cantidades previstas, causando graves perjuicios a LA COMPAÑÍA y llevándola a quedar disuelta y en estado de liquidación.”

“45.- De acuerdo con los literales L del numeral 1. y N del numeral 2 de la Cláusula Décima Quinta; LA COMPAÑÍA, coordinó el flujo de caja del proyecto con LA PREVISORA; sin embargo, el flujo de caja que se ejecutó fue otro distinto, que afectó la financiación del proyecto y la situación económica de LA COMPAÑÍA (Anexo No.1. 8).”

“46.- LA PREVISORA incumplió y obró negligentemente, al no impartir instrucciones o recomendaciones a LA COMPAÑÍA, tendientes a modificar las proyecciones del flujo de caja y el cronograma de obra iniciales, para evitar que se generaran los perjuicios económicos.”

“47- Las modificaciones al flujo de caja y al cronograma de obras iniciales, realizadas en el mes de marzo de 2001, no fueron motivadas por instrucciones o recomendaciones de LA PREVISORA, sino producto de observaciones de LA COMPAÑÍA, como se lee en el Acta No. 6 del Comité Fiduciario.”

“48.- LA PREVISORA tenía la obligación de informar, que es una de aquellas que la jurisprudencia y la doctrina le han atribuido al fiduciario, como consecuencia de su condición de profesional; no era un simple sujeto pasivo sin ninguna responsabilidad, como se pretende.”

“49.- Las modificaciones al flujo de caja y al cronograma de obra, no se hicieron, con lo cual se hubieran evitado perjuicios adicionales a LA COMPAÑÍA ante el incumplimiento de lo inicialmente proyectado. Únicamente se modificó para ingresar el subsidio adicional que otorgó la Ley Quimbaya y aumentar a 1.031 el número de viviendas del proyecto.”

“50.- De conformidad con la Cláusula Décima Octava del CONTRATO, LA PREVISORA era responsable por la demora de los desembolsos a LA COMPAÑÍA, si la causa le era atribuible.”

“51.- En el Acta No. 49 de la sesión del Consejo Directivo del FOREC, se aprobó el reconocimiento de un costo financiero entre el 1% y el 1.2% mensual, a los Constructores sobre los desembolsos debidamente sustentados que no fueron realizados por la fiduciaria, debido a los “bajísimos márgenes con que trabajarán los Constructores en este programa”.

“52.- En el numeral 13 del literal B, del capítulo 4. de la Circular D.E.F. No. 096 del 2 de mayo de 2000, expedida por el FOREC, se estableció que como ajuste financiero se reconocería a los Constructores el 1.2% mensual sobre el monto de los desembolsos de los subsidios endosados y no entregados por la fiducia al Constructor, dentro de los 15 días siguientes a la solicitud de desembolso debidamente sustentada.”

“53.- El mencionado ajuste debía ser reconocido por LA PREVISORA con cargo a los recursos asignados por el Consejo Directivo del FOREC.”

“54.- En la Cláusula Trigésima Octava de EL CONTRATO, se estableció que a partir del día 15 en que era radicada la cuenta de cobro por LA COMPAÑÍA en LA PREVISORA y no le fueran desembolsados los recursos de acuerdo con el cronograma presentado y aprobado, LA COMPAÑÍA tenía derecho a percibir un interés del 1.2% mensual sobre el monto de los subsidios endosados al proyecto.”

“55.- De conformidad con el numeral 9 de la Cláusula Décima Quinta de EL CONTRATO, LA COMPAÑÍA debía suplir los déficits financieros que se presentaran en el desarrollo del proyecto, exceptuando los provenientes de los giros o transferencias de los subsidios del FOREC.”

“56.- En el Acta No. 9 del Comité Fiduciario, se observa cómo LA PREVISORA instó a LA COMPAÑÍA para cubrir el déficit proveniente de subsidios que habían ingresado por debajo de su valor nominal; lo que claramente contravenía lo pactado en el contrato y desbordaba las obligaciones de LA COMPAÑÍA.”

“57.- En el Acta No. 42 del Comité Fiduciario, se tomó la decisión de “que aquellos subsidios que han ingresado al fideicomiso y tienen un pequeño faltante para completar el subsidio se deben completar si es necesario con recursos del fideicomiso”, lo que en últimas significó que LA COMPAÑÍA asumiera un valor al que no estaba obligado, todo con el propósito de cumplir el contrato.”

“58.- LA COMPAÑÍA, con recursos externos y costosos, y con el único objeto de cumplir el contrato, compensó el déficit que se presentó en el desarrollo del proyecto, proveniente de los giros o transferencias de los subsidios del FOREC, no estando obligado a ello.”

“59.- El Banco de Bogotá realizó un préstamo a LA COMPAÑÍA para financiar el proyecto Las Colinas I, toda vez que LA PREVISORA no realizó oportunamente

los traslados al Fideicomiso y los desembolsos a LA COMPAÑÍA, como estaba inicialmente programado.”

“60.- La obligación de LA COMPAÑÍA con el Banco de Bogotá, está liquidada en seiscientos veinte seis millones setecientos ocho mil cuatrocientos ochenta y seis pesos M/L (\$626.708.486).oo, como consta en la certificación del 21 de marzo de 2007, expedida por la entidad bancaria.”

“61.- Actualmente cursa ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia, un proceso ejecutivo iniciado por el Banco de Bogotá contra LA COMPAÑÍA y sus socios (Luis Fernando Márquez Jaramillo, Guillermo Robledo Ocampo, Gloria Mercedes González Trujillo, Roberto Botero Robledo, Alejandro Botero Robledo y Eduardo Botero Robledo), para obtener el pago del crédito otorgado para financiar el proyecto Las Colinas I.”

“62.- Dentro del proceso ejecutivo No. 2004-051 instaurado por el Banco de Bogotá, se decretaron medidas cautelares sobre bienes muebles e inmuebles de propiedad de LA COMPAÑÍA y sus socios, tal y como se verifica con la Constancia del 9 de febrero de 2007 expedida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia.”

“63.- LA COMPAÑÍA se vio obligada a vender el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 280-160416 de la Oficina de Instrumento Públicos de Armenia al señor Jobany López Quintero, para imputar el producto de esa venta a la deuda adquirida con el Banco de Bogotá.”

“64.- El socio de LA COMPAÑÍA, Eduardo Botero Robledo, se vio obligado a vender el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 280-9190 de la Oficina de Instrumento Públicos de Armenia a la señora Adriana Rico Martínez, para imputar el producto de esa venta a la deuda adquirida con el Banco de Bogotá.”

“65.- Los socios de LA COMPAÑÍA tuvieron que asumir con su propio patrimonio, el valor de las obligaciones que la sociedad Constructora contrajo en desarrollo del proyecto inmobiliario, debido a la negligencia de LA PREVISORA en la administración de los bienes fideicomitidos y en la realización tardía de los desembolsos.”

“66.- LA COMPAÑÍA era una próspera sociedad comercial constituida desde el año 1998, como se acredita con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Armenia.”

“67.- El incumplimiento de las obligaciones de LA PREVISORA frente al Fideicomiso Ciudadela Las Colinas 2011 y sus negativas consecuencias económicas, la llevaron al estado de disolución y liquidación como lo demuestran el Acta No. 46 de Junta Extraordinario de Socios y los balances de LA COMPAÑÍA de los años 2000, 2002, 2004, 2005, 2006.”

“68.- LA COMPAÑÍA tuvo que asumir mayores costos del proyecto como la perdida de los descuentos acordados con proveedores, generados por la demora en su ejecución, al no tener acceso a la financiación proyectada al inicio de las obras, toda vez que LA PREVISORA no realizó oportunamente los traslados al Fideicomiso y los desembolsos a LA COMPAÑÍA, como estaba inicialmente programado.”

“69.- LA COMPAÑÍA tuvo que asumir mayores costos del proyecto como gastos administrativos superiores a los inicialmente previstos, generados por la demora en su ejecución, al no tener acceso a la financiación proyectada al inicio de las obras.”

“70.- LA COMPAÑÍA en numerosas ocasiones dejo ver su preocupación en relación con la demora significativa que se presentaba por parte de LA

PREVISORA en la revisión jurídica y financiera de las escrituras que le eran remitidas; como consecuencia, LA COMPAÑÍA tuvo asumir los mayores costos del proyecto como el incremento en las tarifas de escrituración y registro.”

“71.- La demora en el proceso de escrituración y la no entrega de las viviendas adjudicadas, le generó graves perjuicios económicos a LA COMPAÑÍA, pues se le retuvo el último pago que debía hacer LA PREVISORA contra la entrega de las escrituras y no podía reclamar la devolución del I.V.A.”

“72.- Además, LA COMPAÑÍA tuvo que asumir costos adicionales por la vigilancia de las casas, la reposición de los materiales y elementos de las viviendas deshabitadas que fueron hurtados, y los gastos administrativos correspondientes al personal dedicado a la entrega y escrituración de los predios.”

“73.- Guillermo Botero, proveedor de LA COMPAÑÍA de aparatos sanitarios y enchapes, obtuvo a su favor el decreto de una medida cautelar (embargo ejecutivo con acción personal) sobre el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 280-160416 de la Oficina de Instrumento Públicos de Armenia, para lograr el pago de una suma de dinero adeudada por LA COMPAÑÍA por el proyecto Las Colinas I.”

“74.- LA COMPAÑÍA se vio obligada a vender una parte del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 280-160418 de la Oficina de Instrumento Públicos de Armenia al señor Karim Hadad Gómez, proveedor de cemento para el proyecto Las Colinas I, para cancelar lo adeudado por el suministro de ese material. ”

“75.- LA COMPAÑÍA se vio obligada a vender un derecho de cuota (2.156%) sobre el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 280-160418 de la Oficina de Instrumento Públicos de Armenia a la señora Cielo Baena de Vélez,

cónyuge del señor Juan Carlos Vélez, abogado asesor del proyecto Las Colinas I, para cancelar lo adeudado por la prestación de los servicios.”

“76.- Como consecuencia del incumplimiento de LA PREVISORA del CONTRATO, los socios de LA COMPAÑÍA se encuentran reportados en las bases de datos de las centrales de riesgo, como SIFIN, impidiendo su acceso al sistema financiero para el normal desarrollo de sus actividades.”

“77.- Estar reportados ha generado perjuicios económicos y daños morales importantes.”

“78.- Como consecuencia de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de LA PREVISORA de EL CONTRATO, la sociedad González Gutiérrez se vio obligada a celebrar Junta Extraordinaria de Socios el 1 de Agosto de 2007, en la cual se realizó:

“78.1.- La cesión de cuotas de propiedad de la señora Gloria Mercedes González Trujillo en la sociedad González Gutiérrez a los socios Roberto Botero, Alejandro Botero, y Eduardo Botero, sin recibir ninguna suma de dinero como contraprestación de esta cesión.

“78.2.- Se ordenó la disolución y liquidación de la sociedad, nombrando al señor Alberto Botero como liquidador de la misma.”

“79.- LA COMPAÑÍA ejecutó el proyecto en las condiciones ofrecidas y aprobadas por el FOREC, en la Vitrina Inmobiliaria.”

1.2. Pretensiones

Con apoyo en los hechos así relatados y en la normatividad invocada en la demanda, la parte convocante solicita al Tribunal que en el laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

“PRETENSIONES DECLARATIVAS

“PRIMERA.- Que se declare que LA PREVISORA, incumplió con lo previsto en la Cláusula Primera del CONTRATO, al no administrar debidamente los recursos fideicomitidos, ni realizar los desembolsos requeridos para el desarrollo del proyecto inmobiliario, según lo establecido.”

“SEGUNDA.- Que se declare que LA PREVISORA, incumplió con lo previsto en el CONTRATO, al no suministrar debidamente los recursos requeridos para la financiación del proyecto.”

“TERCERA.- Que se declare que LA PREVISORA, incumplió con la obligación pactada en el literal n, de la Cláusula Décima Séptima del CONTRATO, al no haber realizado todos los actos tendientes al cumplimiento del objeto del contrato.”

“CUARTA.- Que se declare que LA PREVISORA, incumplió con la obligación pactada en el literal s, de la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, al no gestionar ante el FOREC y FOCADÉ II, la emisión de las cartas de subsidio y/o el giro de los dineros al patrimonio autónomo respectivamente.”

“QUINTA.- Que se declare que LA PREVISORA, incumplió con la Cláusula Décima Octava del CONTRATO, al no haber realizado diligentemente, como le correspondía, todos los actos necesarios para el cumplimiento de la finalidad de la fiducia.”

“SEXTA.- Que se declare que de conformidad con lo pactado en la Cláusula Décima Octava del Contrato, LA PREVISORA, fue responsable de la demora de los desembolsos; y, como consecuencia, debió asumir con sus propios recursos la financiación derivada del CONTRATO.”

“SÉPTIMA.- Que se declare que LA PREVISORA, incumplió con lo previsto en la Cláusula Décima Novena del CONTRATO, por el indebido manejo y ejecución del Fideicomiso Ciudadela Las Colinas – 2011.”

“OCTAVA.- Que se declare que LA PREVISORA, incumplió con lo consagrado en la Cláusula Trigésimo Octava de EL CONTRATO, al no reconocer a LA COMPAÑÍA el ajuste financiero del 1.2% mensual sobre el monto de los subsidios endosados al proyecto, que no le fueron desembolsados de acuerdo con el cronograma presentado.”

“NOVENA.- Que se declare que LA PREVISORA, fue negligente en el manejo y ejecución del Fideicomiso Ciudadela Las Colinas – 2011.”

“DÉCIMA.- Que se declare que LA PREVISORA, es civilmente responsable por los perjuicios causados a LA COMPAÑÍA, como consecuencia del incumplimiento del CONTRATO.”

“DÉCIMA PRIMERA.- Que se declare que LA PREVISORA, es civilmente responsable por los perjuicios morales causados a LA COMPAÑÍA y a sus socios, como consecuencia del incumplimiento del CONTRATO.”

“IV.- PRETENSIONES DE CONDENA.-

Una vez realizadas las anteriores declaraciones, solicito a los honorables árbitros, se profieran las siguientes condenas:

“PRIMERA.- Que se condene a LA PREVISORA a pagar a LA COMPAÑÍA, la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del CONTRATO, de acuerdo con lo que se concrete en las pretensiones siguientes.”

“SEGUNDA.- Que se condene a LA PREVISORA a pagar a LA COMPAÑÍA, el valor de la utilidad esperada sobre las casas construidas del proyecto inmobiliario Las Colinas I, que LA COMPAÑÍA no recibió, por el incumplimiento del CONTRATO por parte de LA PREVISORA. El valor de la utilidad esperada asciende a, mas de MIL SETENTA CIEN MILLONES DE PESOS (sic) (\$1.100.000.000.00 M/L), o la suma mayor que resulte probada en el proceso.”

“TERCERA.- Que se condene a LA PREVISORA a pagar a LA COMPAÑÍA, el valor de la utilidad proyectada sobre las casas construidas del proyecto inmobiliario Las Colinas I que LA COMPAÑÍA no ha podido escriturar, por el incumplimiento del COTNRATO por parte de LA PREVISORA. El valor de la utilidad proyectada asciende a mas de SETENTA MILLONES DE PESOS (\$70.000.000.00 M/L) o la suma que resulte probada en el proceso.”

“CUARTA.- Que se condene a LA PREVISORA a pagar a LA COMPAÑÍA, el valor del crédito junto con los intereses hasta la fecha efectiva de pago de la condena, sobre la obligación crediticia que LA COMPAÑÍA tuvo que adquirir con el Banco de Bogotá para financiar el proyecto inmobiliario Las Colinas I, por el incumplimiento del CONTRATO por parte de LA PREVISORA. El valor del crédito más los intereses asciende a mas de SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS M/L (\$600.000.000).”

“QUINTA.- Que se condene a LA PREVISORA a pagar a LA COMPAÑÍA, el valor de los honorarios de los abogados causados hasta la fecha efectiva de pago de la condena, contratados por el Banco de Bogotá para el cobro de la obligación crediticia adquirida por LA COMPAÑÍA para financiar el proyecto inmobiliario Las Colinas I, por el incumplimiento del CONTRATO por parte de LA PREVISORA. El valor de los honorarios de los abogados causados asciende a más de SESENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$60.000.000).”

“SEXTA.- Que se condene a LA PREVISORA a pagar a los perjuicios ocasionados, por no haberle reconocido y pagado a LA COMPAÑÍA, el ajuste financiero del 1.2% mensual sobre el monto de los subsidios endosados al proyecto que no le fueron desembolsados, de acuerdo con el cronograma presentado.”

“SÉPTIMA. Que se condene a LA PREVISORA a pagar los perjuicios morales causados a LA COMPAÑÍA y a sus socios, como consecuencia del incumplimiento del contrato.

“OCTAVA. Que se condene a LA PREVISORA a pagar los demás perjuicios generados por incumplimiento, por concepto de daño emergente y lucro cesante.”

“NOVENA.- que se condene a LA PREVISORA a pagar las sumas dinerarias resultantes de las anteriores condenas, indexadas a la fecha de la ejecutoria del laudo arbitral.”

“DÉCIMA.- Que se condene a LA PREVISORA al pago de los intereses a la tasa más alta autorizada por la ley desde su causación y hasta el pago total.”

“DÉCIMA PRIMERA.- Que como consecuencia de las anteriores pretensiones, se condene a LA PREVISORA a pagar, con cargo a su patrimonio y a favor de LA COMPAÑÍA, la suma de mas de Dos mil millones de pesos moneda legal

(\$2.000.000.000.00M/L), actualizados según el Índice de Precios al Consumidor y/o el Índice de Costos de la Construcción de Vivienda según el caso, que corresponde a los perjuicios causados por su incumplimiento.”

“DÉCIMA SEGUNDA.- Que se condene a LA PREVISORA al pago de las costas del presente proceso, incluyendo los honorarios de abogado.”

2. Contestación de la demanda y formulación de excepciones de mérito por la Convocada.

Frente a las pretensiones aducidas, la parte convocada se opuso a todas y cada una de ellas. Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, en un extenso planteamiento defensivo hizo valer en su favor las siguientes excepciones:

1. Ausencia de responsabilidad de la fiduciaria por los resultados de los trámites que le correspondió cumplir al FOREC para llevar recursos al patrimonio autónomo FOREC II (hecho de un tercero).
2. Ausencia de responsabilidad de la fiduciaria por el traslado efectivo de los dineros provenientes de los subsidios desde el patrimonio autónomo FOREC II al patrimonio autónomo Ciudadela de Las Colinas 2011 (hecho de un tercero).
3. Ausencia de responsabilidad de la fiduciaria por el desembolso de los dineros provenientes de los subsidios del patrimonio autónomo Ciudadela Las Colinas 2011 al fideicomitente Constructor (culpa de la víctima y hecho de un tercero).

4. Imposibilidad legal de la fiduciaria de asumir obligaciones de resultado o de asumir la posición de garante de las operaciones que deben cumplirse mediante la fiducia.
5. Ausencia de incumplimiento de la fiduciaria de sus obligaciones contractuales derivadas del contrato de fiducia que celebró, entre otros, con la demandante.
6. Exclusiva responsabilidad del fideicomitente Constructor por la ampliación del alcance del proyecto y por la no incorporación al fideicomiso de los recursos financieros que eran de su cargo o eran su responsabilidad (culpa de la víctima).
7. Cosa juzgada.
8. Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la pretensión sexta.

CAPITULO TERCERO

PRESUPUESTOS PROCESALES

En forma previa a la decisión de fondo acerca de las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permitan proferir decisión de fondo.

Al respecto el Tribunal encuentra que tales presupuestos están dados. En efecto, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. De conformidad con las certificaciones que obran en el expediente GONZÁLEZ GUTIÉRREZ LIMITADA y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., son personas jurídicas que tienen su domicilio en Armenia y Bogotá, respectivamente. Igualmente, los representantes legales de las partes

son mayores de edad, como se acreditó con el reconocimiento de los respectivos poderes, y las dos partes actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

Mediante Auto No. 3 proferido el 16 de agosto de 2007, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho, las diferencias sometidas a su consideración. Así mismo, el Tribunal, encontró que la demanda que dio origen al presente proceso arbitral reúne los requisitos de ley, cumpliéndose con ello el requisito de demanda en forma.

Finalmente, el proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas procesales previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

CAPÍTULO CUARTO

ANTECEDENTES DE LA CRISIS QUE AFECTÓ LA ZONA CAFETERA Y LAS SOLUCIONES QUE ADOPTÓ EL GOBIERNO NACIONAL PARA CONJURARLA

1. El terremoto de la Zona Cafetera y sus efectos sobre la comunidad y la economía de la región.

El 25 de enero de 1999 se produjo un terremoto de 6.2 grados en la Escala de Richter, que tuvo su epicentro aproximadamente a 16 km de la ciudad de Armenia, capital del Departamento de Quindío, con una profundidad de alrededor de los 35 km. Afectó gravemente la zona, causando gran cantidad de muertos y heridos en importantes poblaciones ubicadas en los departamentos de Caldas, Quindío, Risaralda, Tolima y Valle del Cauca. De acuerdo con las cifras oficiales se afectaron aproximadamente 28 municipios, 50.000 edificaciones, se produjeron 1.185 muertos, 8.500 heridos y 50.000 personas damnificadas. Se ocasionaron severos daños a la infraestructura pública, social, económica y de servicios públicos.

La principal actividad económica de la región, constituida por la industria cafetera, se vio perjudicada dado que cerca de 8.000 fincas fueron total o parcialmente destruidas, también 13.000 estructuras de muchos tipos de empresas e industrias resultaron afectadas y estuvieron fuera de servicio de manera temporal y otras permanentemente.

El terremoto causó daños directamente al 1% de la población nacional e indirectamente al 4%. La pérdida de producción e infraestructura representó casi el 90% de los daños y los sectores sociales fueron los más afectados.²⁶

A continuación se presenta un cuadro en el que se evidencian, en forma detallada, las cifras a las que se ha hecho referencia

	Directos	Indirectos	Total	Componente importado
TOTAL (sin incluir los gastos hechos por la emergencia)	1,668,128	189,237	1,857,365	100,383
SECTORES PRODUCTIVOS	171,478	50,772	222,250	
Agricultura	12,278	667	12,945	
Sector cafetero	8,978	0	8,978	
Pérdida de infraestructura	8,978	0	8,978	
Sector no cafetero	3,300	667	3,967	
Pérdida de infraestructura	1,800	0	1,800	
Materias primas agroindustriales	1,167	0	1,167	
Pérdidas de producción	333	0	333	
Gastos adicionales, ventas no realizadas		667	667	

²⁶ CEPAL (2009). Impacto socioeconómico del terremoto en el eje cafetero.

Comercio, industria y servicios	159,200	50,105	209,305	60,000
Manufacturas	17,600	5,133	22,733	48000
Activos fijos	12,200	0	12,200	
Existencias	5,400	0	5,400	
Pérdidas de producción		5,133	5,133	
Comercio	104,733	28,800	133,533	12,000
Activos fijos	59,800	0	59,800	
Existencias	44,933	0	44,933	
Pérdidas de producción		28,800	28,800	
Servicios	32,667	9,600	42,267	
Activos fijos	27,067	0	27,067	
Existencias	5,600	0	5,600	
Pérdidas de producción		9,600	9,600	
Turismo	4,200	6,572	10,772	
Daños en infraestructura	4,200	0	4,200	
Lucro cesante	0	6,572	6,572	
SECTORES SOCIALES	1,447,327	95,907	1,543,234	24,124
Educación, instalaciones deportivas, templos religiosos y otros edificios culturales y patrimoniales	102,900	34,333	137,233	24,124
Salud y servicios asistenciales	15,841	35,023	50,865	4,363
Vivienda	1,328,586	26,550	1,355,136	0

INFRAESTRUCTURA	48,935	39,719	88,654	11,896
Transportes y comunicaciones	19,483	20,859	40,342	9,763
Agua y alcantarillado (incluye desinfección y sanidad del agua)	8,119	11,225	19,343	0
Energía	21,333	7,635	28,968	2,133
MEDIO AMBIENTE	389	2,839	3,228	0
Deslizamientos de suelo y pérdida de capa vegetal	389	0	389	0
Saneamiento, fumigación, reforestación del relleno sanitario		2,839	2,839	0
ATENCIÓN DE LA EMERGENCIA	45,000		45,000	

Fuente: CEPAL (1999)

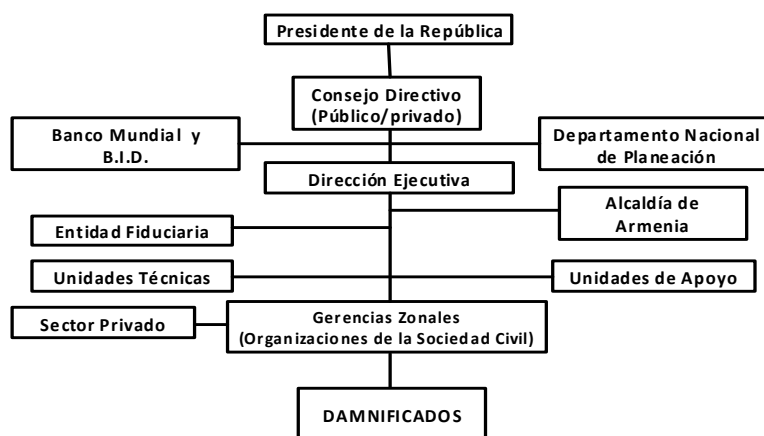
2. Medidas gubernamentales para solucionar la crisis y normatividad expedida.

Ante el desastre causado por dicho terremoto, la legislación preexistente resultaba insuficiente y faltaban medidas urgentes, razón por la cual el Gobierno Nacional expidió el Decreto 182 de 26 de enero de 1999 que declaró la existencia de una situación de desastre de carácter nacional en los Departamentos del Quindío (Municipios de Armenia, Calarcá, Córdoba, La Tebaida, Circasia, Finlandia, Montenegro, Pijao, Quimbaya, Salento, Buenavista; Risaralda (Municipios de Pereira, Dosquebradas y Santa Rosa de Cabal); Valle del Cauca (Municipios de Obando, Ulloa, Caicedonia y Alcalá); Tolima (Municipios de Cajamarca y Fresno).

Como consecuencia de la ocurrencia de citado fenómeno telúrico, se decretó la Emergencia Social Económica y Ecológica para la citada región mediante el Decreto 195 del 29 de enero de dicho año. Consecuencia de dicha medida se expidió el Decreto 197 del mismo mes y año, con el cual se creó el FONDO PARA LA RECONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO SOCIAL DEL EJE CAFETERO – FOREC- , cuya finalidad era *“adoptar las medidas adecuadas para enfrentar la crisis y para disponer las acciones gubernamentales y privadas que permitan impulsar en el corto plazo el desarrollo económico, productivo y social de la región afectada”*

El Fondo en mención se estableció como una entidad de naturaleza especial del orden nacional con sede en Armenia, con personería jurídica y autonomía patrimonial y financiera. Su objeto era la financiación y realización de las actividades necesarias para la reconstrucción económica, social y ecológica de la región del Eje Cafetero afectada por el terremoto. El Fondo estaba adscrito al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el cual le prestaba apoyo, teniendo en cuenta que no se le asignó una estructura administrativa propia. La Dirección y Administración del Fondo estaba a cargo de un Consejo Directivo y de un Director Ejecutivo. Este último era el representante legal y debía cumplir las decisiones que adoptara el Consejo.

En términos generales, la siguiente era la estructura del FOREC



Su patrimonio estaba constituido por las partidas que se le asignaron en el presupuesto nacional, los recursos provenientes de crédito interno y externo, las donaciones, los recursos de cooperación nacional o internacional y otros. Podía ejecutar sus recursos suscribiendo contratos con entidades públicas o privadas.

Mediante el Decreto 111 de 25 de enero de 2002, por cumplimiento del objeto, se suprimió el Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero y se ordenó su liquidación.

Ahora bien, tal como se expresó, el objeto primordial del FOREC era la financiación y realización de las actividades necesarias para la reconstrucción económica, social y ecológica de dicha región, todo lo cual se cumplía a través de las definiciones que tomaba el Consejo Directivo, entre otros, para la adopción de planes y proyectos que se ejecutaban con cargo a los recursos del Fondo y la aprobación de los negocios fiduciarios que se requirieran para el manejo y disposición de dichos recursos. En tal virtud el FOREC estructuró la política de financiación necesaria para que las personas afectadas pudiesen acceder a soluciones de vivienda, mediante el otorgamiento de subsidios diferenciales.

El FOREC realizó el censo de las personas afectadas, con el aval de la Red de Solidaridad Social y creó los programas piloto del Fondo para transferencias de predios, señalando las directrices para los desembolsos de subsidios directos para vivienda y para reconstrucción y reparación de los inmuebles afectados.

El FOREC resolvió adoptar el mecanismo fiduciario para apoyar la gestión en las zonas afectadas. Es así como indica el artículo 6º del citado Decreto 195 de 1999 que, *“Tratándose de negocios fiduciarios el Fondo velará por que el objeto de los mismos se desarrolle por parte de las instituciones fiduciarias en condiciones de transparencia, libre concurrencia, eficiencia y publicidad”*. Ahora bien, dicha disposición se complementa con el Decreto 350 de 1999 en cuya parte motiva se establece: *“Que con el fin de lograr que se inicien a la mayor brevedad los procesos de construcción, reconstrucción y reparación de los inmuebles de la zona afectada es necesario **adoptar mecanismos fiduciarios que permitan dar subsidios a la demanda de inmuebles, créditos para reconstrucción y reparación, líneas de redescuento e instrumentos para apoyar los fondos de garantías**”* (se subraya). De igual forma el Consejo Directivo del FOREC definió que los recursos aportados por este Organismo serían administrados a través de un Fideicomiso de Administración.²⁷

Concretamente se dispuso que el FOREC destinaría parte de sus recursos a la constitución de un fondo fiduciario²⁸ para estimular el otorgamiento de subsidios a la demanda de inmuebles, a partir de lo cual podían realizarse las actividades mencionadas en el artículo 11 del Decreto 350, entre las cuales resulta procedente tener en cuenta para el caso en cuestión, la posibilidad de adquirir terrenos y adelantar sobre los mismos, directamente o a través de terceros, las obras de urbanismo, adecuación y división en lotes individuales, con el fin de que éstos fueran entregados a los propietarios o poseedores de inmuebles afectados, a cambio del traspaso de sus inmuebles al fondo fiduciario²⁹. En cumplimiento de tal definición, el Consejo Directivo del FOREC autorizó la suscripción de un contrato

²⁷ Acuerdo 20 de Noviembre 22 de 2000 del Consejo directivo del FOREC

²⁸ Este fondo sería administrado a través de uno o varios contratos fiduciarios.

²⁹ Literal b) del artículo 11 Decreto 350 de 1999

fiduciario con la sociedad Fiduciaria La Previsora, para que ésta se encargara “*de la administración y giro de los recursos correspondientes a los subsidios directos aprobados por el Fondo..., dirigidos a la reconstrucción y reparación de los inmuebles afectados por el sismo.*”³⁰

Por su lado, se registra en el Decreto 350 de 1999 que para solucionar la gravísima afectación que el terremoto ocasionó a gran parte de las viviendas de la zona, se adoptaron medidas en materia de subsidios familiares de vivienda de interés social y se propiciaron procedimientos que facilitaban su otorgamiento, con el objeto de permitir a sus beneficiarios la reconstrucción y rehabilitación de sus inmuebles y, excepcionalmente, otorgar cualquier clase de subsidios que facilitaran a los propietarios o poseedores de los inmuebles afectados, urbanos o rurales, el pago de la cuota inicial que pudieran requerir para la adquisición de un nuevo inmueble³¹, cuya condición de beneficiarios se acreditaba conforme a lo dispuesto por el Consejo de Administración del Fondo Fiduciario referido³².

Como parte de la fuente de los recursos destinados a cubrir la emergencia se dispuso, a partir de la vigencia del citado Decreto 350 de 1999, que las Cajas de Compensación Familiar destinarían recursos para atender las necesidades de subsidios de vivienda³³, los cuales se administraron a través de un fideicomiso de administración denominado FOCAFE. También se debía llevar a través de este fideicomiso el **sistema de información del subsidio** y, conforme a lo dispuesto en esas normas, tales Cajas eran las encargadas de realizar todo el proceso operativo, desde el registro de postulantes hasta el trámite previo a la asignación. Pero era la Junta Administradora del Fideicomiso o el representante legal de la Caja de Compensación que ésta designara para el efecto, los que suscribían y entregaban a cada uno de los beneficiarios los documentos que acreditaban la asignación del Subsidio

³⁰ Acta No 15 de Junio 9 de 1999 del Consejo Directivo del FOREC, folio 182 cuaderno de pruebas No 5

³¹ Literal c) del artículo 11 Decreto 350 de 1999

³² Parágrafo del Artículo 11 y artículo 12 del Decreto 350 de 1999

³³ Artículo 1° del Decreto 1539 de 1999

Familiar de Vivienda.³⁴ En el expediente aparece una nota que indica que este fideicomiso nunca se constituyó.

Para el resto de los subsidios que no se entregaban por medio de FOCAFE, el Director Ejecutivo del FOREC tenía, entre otras varias funciones, la de notificar la asignación de subsidios a los hogares según la aprobación realizada por el Consejo Directivo del FOREC, así como la asignación de los alojamientos y asentamientos temporales a las familias que recibían subsidio por arrendamiento del FOREC a través de las Gerencias Zonales y **reglamentar los procedimientos de desembolsos y legalización del subsidio**. También le correspondía definir de las funciones de las Interventorías encargadas de verificar la ejecución de los proyectos.³⁵

Posteriormente se dispuso que la aprobación de los subsidios la realizaría el Consejo Directivo y que éstos se administrarían a través de un fideicomiso, herramienta que se puso en marcha para agilizar los procesos de desembolso de subsidios³⁶, al igual que se regularon las denominadas “Vitrinas Inmobiliarias” que según se indica en la propia acta, se establecieron para dinamizar las soluciones de vivienda³⁷. Se reconoció expresamente que los recursos destinados al FOREC estaban agotándose, por el cual se tomaron distintas decisiones relacionadas con la expedición de los certificados de disponibilidad que debía hacer el Fondo.

Por su parte, en documento CONPES denominado “Plan de finalización de la construcción del Eje Cafetero y cierre del FOREC”, de Septiembre 3 de 2001,³⁸ se informa que este programa atendió con subsidios a 100.186 familias que sufrieron daños parciales o perdieron sus viviendas. Se destacó en el mismo documento que la “Vitrina Inmobiliaria” sirvió de instrumento de regulación de los costos de la vivienda y de “*acercamiento de la*

³⁴ Artículo 18 Decreto 1539 de 1999

³⁵ Acuerdo 20 de Noviembre 22 de 2000 del Consejo Directivo del FOREC

³⁶ Acta No 45 de Enero 19 de 2000 Folio 404 del cuaderno de pruebas No 5

³⁷ Acta 46 de Febrero 2 de 2000 Folios 409 y 410 del cuaderno de pruebas 5

³⁸ Este documento hace parte del acta No 74 del Consejo directivo del FOREC de Septiembre 12 de 2001 Folios 187 del cuaderno de pruebas No 6

oferta por parte de los Constructores a la demanda de los beneficiarios del subsidio”, lo que permitió, según lo allí expresado, que los proyectos “se constituyeran en una alternativa para la elección democrática y competitiva de vivienda, al informar a los beneficiarios de subsidio sobre la mejor opción para la compra de su vivienda”.

De otro lado y según consta en el Acta 72,³⁹ el Consejo Directivo del FOREC tomó la decisión de modificar aspectos regulatorios relacionados con los desembolsos de subsidios para los proyectos con “*manejo fiduciario*”, con la finalidad de agilizarlos y de facilitar aún más la construcción de vivienda para las familias beneficiadas, de tal manera que se autorizó a la Fiduciaria La Previsora para que procediera a entregar a los Constructores, a título de anticipo, el 50% de los subsidios autorizados. Los remanentes se debían desembolsar de acuerdo a las circulares 105 y 152 de la dirección Ejecutiva del FOREC

El Consejo Directivo también implementó medidas dirigidas a tratar de agilizar el desembolso de los subsidios, los cuales se represaban por distintas razones, tal como puede apreciarse en las actas No 26 de Agosto de 1999 y 28 de Septiembre de 1999 de dicho Consejo. Incluso se presentó un informe por parte de algunos miembros del Consejo Directivo, sobre reuniones sostenidas con las gerencias zonales, en el que se advierte concretamente lo siguiente: “*Se evidenció una demora en los desembolsos por parte del Fondo.... La gestión en el diligenciamiento y entrega de subsidios requiere una gran celeridad*”⁴⁰. Por otra parte y, en relación con el ciclo del Proyecto, el Consejo estableció como parte del procedimiento que “*el Fondo debe comunicar a la Fiduciaria para que ésta pague al contratista con las respectivas cuentas de cobro y las actas de inicio de obra y/o avance, previa aceptación de la Interventoría. Para todos los casos los pagos estarán sujetos a los giros que realice la Dirección del Tesoro Nacional*”⁴¹ (la negrilla no corresponde al texto original).

³⁹ Acta 72 del Consejo Directivo del FOREC de Mayo 24 de 2001, cuaderno de pruebas No 6

⁴⁰ Folios 234, 260 y 264 del cuaderno de pruebas No 5.

⁴¹ Acta No 32 de Octubre 6 de 1999 del Consejo Directivo Folios 282 y ss. del cuaderno de pruebas No 5

Por ser de singular importancia para los efectos de las decisiones que tomará el Tribunal, se destaca la aclaración que se requirió en la reunión de que da cuenta el Acta No 35 del Consejo Directivo, en orden a determinar de quien sería la responsabilidad que pudiese derivarse por el tiempo que tomaban los subsidios en desembolsarse por ineficiencia o demoras que pudieran presentarse en las entregas que *“realice la Nación a través del Fondo”*. El Consejo Directivo determinó que la responsabilidad financiera era del Fondo, esto frente a una preocupación formulada por distintas gerencias zonales.⁴²

3. Proyectos Colectivos en Vitrina Inmobiliaria.⁴³

Para fortalecer la oferta de soluciones de vivienda, el Consejo Directivo del FOREC aprobó que la Cámara de Comercio de Armenia impulsara lo que se denominó *“Vitrina Inmobiliaria”*, donde los Constructores presentaban sus proyectos, la ubicación del lote, las obras de urbanismo y el tipo de viviendas ofrecidas, todo de acuerdo con los parámetros fijados por el FOREC. Estos proyectos se debían administrar bajo la figura de Fideicomisos Inmobiliarios, mediante los cuales se constituían patrimonios autónomos a los que se incorporaban los lotes sobre los cuales se desarrollarían los proyectos y cuya finalidad era que la fiduciaria situara o girara todos los recursos provenientes de los subsidios para los damnificados no propietarios.

El Tribunal encuentra que en la Circular D.E.F. 096 de 2000 se indica que con este mecanismo fiduciario se buscaba garantizar la oportuna entrega de los recursos al proyecto, de acuerdo al flujo de fondos acordado entre la Fiduciaria y el Constructor. De manera general, el procedimiento establecido en la citada Circular D.E.F 096, consistía en que los afectados se acercaban a la Vitrina Inmobiliaria con el objeto de escoger el proyecto de su preferencia para posteriormente dirigirse a la Gerencia Zonal donde habían sido censados, para inscribirse y recibir una comunicación expedida por el FOREC, en la cual se señalaba **el derecho del beneficiario a recibir un subsidio de vivienda por determinado valor**. El

⁴² Acta No 35 de Octubre 27 de 1999 del Consejo Directivo Folio 311 del cuaderno de pruebas No 5

⁴³ Literal B de la Circular D.E.F. 096 De 2 de Mayo de 2000

proyecto inmobiliario se ponía en marcha cuando el FOREC certificaba el punto de equilibrio, de acuerdo con los subsidios endosados y las promesas de compraventa suscritas.

Establece la misma Circular, entre otras reglas, que las **decisiones con respecto a los desembolsos** para cubrir los costos de construcción y lote de las viviendas y la escrituración de las mismas estaban **a cargo de un Comité Fiduciario**⁴⁴. De otra parte, dentro de las exigencias determinadas en la citada Circular D.E.F. 096 se encuentra la que ordenaba que el FOREC girara el saldo del valor de los subsidios a una cuenta asignada por la fiduciaria, cuando el beneficiario hubiera previamente endosado los subsidios, así: \$4.019.820 que corresponden al 50% del subsidio directo a solicitud de la Fiduciaria, previo concepto de la Interventoría y aprobación del Comité Fiduciario. La Fiduciaria por recomendación del **comité técnico** y de la Interventoría era la encargada de solicitar el segundo y tercer desembolso⁴⁵.

El Consejo Directivo del FOREC⁴⁶ realizó una última evaluación de la gestión del Organismo de Reconstrucción ante el Presidente de la República, parte de la cual se refirió al desempeño de los subsidios de vivienda y de los proyectos que se desarrollaron a través de la denominada “*Vitrina Inmobiliaria*”, mecanismo en virtud del cual se obtuvo la vinculación de Constructores mediante una amplia invitación a nivel nacional de gremios, propietarios de predios y firmas urbanizadoras, entre otros, quienes debían demostrar ante dicho Organismo, que cumplían con los requisitos exigidos dentro del rango de los subsidios definidos por las normas especialmente expedidas para el efecto.

A los proyectos de construcción colectivos nuevos para soluciones de vivienda desarrollados bajo el programa de la Vitrina Inmobiliaria, les era aplicable la fórmula de ajuste financiero en los eventos previstos en la circular D.E.F. No 096 del 2 de Mayo de

⁴⁴ La composición del Comité Fiduciario se modificó mediante circular 105 de 2000 en el aparte 3.1.5

⁴⁵ Ni en el contrato fiduciario, ni en las actas del FOREC, ni en las del Comité Fiduciario se hace referencia al comité técnico, ni sobre éste órgano hay ninguna reseña o mención

⁴⁶ Acta 75 del 27 de Septiembre de 2001 del Consejo Directivo Folio 217 del cuaderno de pruebas No 6

2000 y la Circular 134 del 22 de Noviembre de 2000, cuyo contenido y alcance, para los efectos de este proceso, se analizará mas adelante.

Concerniente al programa de los proyectos construidos bajo la modalidad mencionada “Vitrina Inmobiliaria”, el Consejo Directivo igualmente reglamentó lo correspondiente a los desembolsos destinados a los Constructores elegidos y, que transfirieran lotes destinados a vivienda, a patrimonios autónomos establecidos para administrar los recursos de dichos proyectos,⁴⁷ conforme con lo cual se autorizó girar a los Constructores hasta el 50% del “*subsidio de reubicación*”, previa la presentación de una póliza de buen manejo del anticipo y, lo restante, conforme a avances de obra, con verificación igualmente previa de la Interventoría y, siempre y cuando el beneficiario del subsidio lo hubiese endosado al Constructor para su manejo fiduciario y **se cumplieran otra serie de requisitos y condiciones**, incluida la retención del 5% del subsidio, que debía hacer la Fiduciaria hasta tanto se recibiera copia de la escritura de venta y se realizara la entrega del inmueble al beneficiario, con constancia de la Interventoría.

Por otra parte, se consignó en el acta No 56 del Consejo Directivo del FOREC,⁴⁸ en el capítulo relacionado con “*Recomendaciones Vitrina Inmobiliaria*”, que La Previsora “*entregará el contrato de fiducia para los Constructores que hacen parte de la vitrina inmobiliaria. Así mismo determinó [el Consejo Directivo del FOREC] que La Previsora realizará alianzas estratégicas para el manejo del tema [inmobiliario] en forma tal que se garantice avanzar con la celeridad necesaria*” (el subrayado por fuera del texto original)

En relación con el desempeño de los proyectos que se organizaron bajo la modalidad de la “*Vitrina Inmobiliaria*”, se presentó a la consideración del Consejo Directivo del FOREC el informe del Presidente Ejecutivo de la Cámara de Comercio de Armenia⁴⁹ en el que se anunciaba que habían surgido problemas derivados, de una parte, de los requisitos

⁴⁷ Acta 53 de Mayo 24 de 2000 Folio 440 del cuaderno de pruebas No 5

⁴⁸ Acta No 56 de Junio 27 de 2000 Folio 460 del cuaderno de pruebas No 5

⁴⁹ Acta No 62 de Octubre 4 de 2000, reunión en la que se encontraba presente el Representante Legal de Fiduciaria la Previsora y otros funcionarios de su equipo. folio 10 del cuaderno de pruebas No 6

establecidos para el proceso de inscripción en la denominada Ley Quimbaya, por dificultad para alcanzar el punto de equilibrio de los proyectos, lo que creó incertidumbre tanto a los beneficiarios como a los Constructores y, de otra parte, por el manejo fiduciario, ya que en criterio del Presidente de la Cámara de Comercio, no se contaba con recurso administrativo suficiente, ni se instauraron delegaciones de funciones que permitieran decisiones ágiles para el proceso.

Al respecto se deja constancia en la citada Acta sobre lo manifestado por el Presidente de la Fiduciaria [se refiere a la Fiduciaria La Previsora] en respuesta a la aseveración anterior, indicando que los Constructores han demorado la entrega de las minutas para poder firmar los contratos fiduciarios y, además, era responsabilidad de La Previsora, en su condición de fiduciaria realizar los estudios técnicos y financieros, así como sobre otros temas relevantes que permitieran asegurar que se había cumplido el punto de equilibrio. En todo caso se le solicitó al Representante de La Previsora que organizara una unidad de gestión de la Fiduciaria en la zona, para que atendiera directamente los requerimientos de la Vitrina Inmobiliaria.

La **Circular 134 de Noviembre 23 de 2000** del Director Ejecutivo del FOREC también aplica a los Programas declarados elegibles en Vitriñas Inmobiliarias. El contenido de este instructivo, en lo más relevante, se refiere a la asignación del subsidio y a la formalización de los contratos fiduciarios, incluyendo expresamente el trámite para celebrarlos con la sociedad Fiduciaria La Previsora. Por otra parte, trata el asunto del porcentaje que se reconoce a los Constructores cuando se presentara una demora en el giro de los recursos, ajuste que se convirtió definitivamente en un porcentaje del 1.2%, variando la modalidad al consagrar que iba del 1.0% a 1,2%. La citada circular hace referencia al acta 49 de Marzo 22 de 2000 del Consejo Directivo del FOREC, en cuanto a la asignación del subsidio y formalización del contrato para Constructores con contratos fiduciarios, cuando pasados quince días calendario después de recibida la solicitud de desembolso debidamente diligenciada, la Fiduciaria no realizara el pago **como consecuencia de la no disponibilidad de los recursos en el Patrimonio Autónomo**, caso en el cual se reconocería el ajuste

mencionado **con cargo a los recursos asignados por el Consejo Directivo del FONDO para el efecto.**

Además, la disposición **relaciona los requisitos para la expedición de cartas de aprobación de los subsidios** y los requerimientos que debía cumplir el propio Constructor, así como la exigencia de la entrega del predio al patrimonio autónomo, además de asuntos relacionados con el denominado punto de equilibrio de los proyectos y sus consecuencias.

Por último, el Tribunal observa que consta en el expediente que la primera Vitrina Inmobiliaria se abrió el 12 de julio de 2000 y la segunda el 7 de noviembre del mismo año. En ambas oportunidades participó la sociedad González Gutiérrez Ltda., resultando elegida de acuerdo con el Certificado de Elegibilidad de 13 de septiembre de 2000.

4. Relaciones jurídicas entre Fiduciaria La Previsora S.A. y el Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero (FOREC).

Fiduciaria La Previsora tenía celebrados tres acuerdos con el FOREC para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero, instrumentos que sirven al Tribunal como fuente para la interpretación al contrato de Fiducia Mercantil de Administración Inmobiliaria suscrito el ocho de noviembre de 2000, por González Gutiérrez Limitada, como Fideicomitente Constructor, Alberto Gómez Jaramillo, Ramón Jairo Gómez Jaramillo, Julio César Ramírez Cuartas, Olga Myriam Botero de Gómez, Luis Fernando Márquez Jaramillo, Roberto Botero Robledo y Alejandro Botero Robledo, como Fideicomitentes Propietarios, con Fiduciaria La Previsora S.A., como la Fiduciaria.

4.1 Contrato de Encargo Fiduciario 1418-99.

El contrato de Encargo Fiduciario de Administración y Pagos No. 1418, suscrito entre Fiduciaria La Previsora y el FOREC, celebrado el doce de marzo de 1999⁵⁰, tenía por

⁵⁰ Reformado por Adición No. 1, suscrita el 9 de mayo de 2003.

objeto la administración por parte de la primera de los recursos entregados a título de encargo fiduciario por el FOREC, provenientes de partidas del presupuesto nacional, crédito interno y externo, donaciones, recursos de cooperación y otros obtenidos a cualquier título, administración que se haría de acuerdo con las instrucciones impartidas por el FOREC, a través del Director Ejecutivo.

4.2 Contrato de Fiducia Mercantil No. 1426-99.

El Contrato de Fiducia Mercantil No. 1426-99, suscrito entre Fiduciaria La Previsora y el FOREC, celebrado el veintitrés de junio de 1999, varias veces reformado⁵¹, tenía por objeto la constitución de un patrimonio autónomo con recursos aportados por el FOREC, con el fin de ser administrados por la Fiduciaria, con destino a: (i) el otorgamiento de créditos para el inicio de proyectos masivos de construcción, reconstrucción y rehabilitación en los municipios en los cuales se decretó la emergencia económica, social y ecológica (Actividad No. 1); (ii) la adquisición, adecuación y división de terrenos para ser entregados a propietarios y poseedores de inmuebles afectados por el terremoto (Actividad No. 2); (iii) el otorgamiento de cualquier clase de subsidios a los propietarios y poseedores de inmuebles afectados por el terremoto para la adquisición de un nuevo inmueble (Actividad No. 3); y (iv) el otorgamiento de garantías o subsidios adicionales a los que debía entregar el Fondo de Garantía de Instituciones Financieras en desarrollo de los programas que le fueron asignados mediante el Decreto 196 de 1999, con el fin de facilitar a los propietarios y poseedores de los inmuebles afectados el acceso a la financiación que otorgaran los establecimientos de crédito (Actividad No. 4), **con arreglo a las instrucciones de la Junta Administradora del Fideicomiso.**

En relación con la Actividad No. 3, la función de la Fiduciaria era hacer los pagos de los subsidios a los beneficiarios señalados por el FOREC, que autorizara la Junta Administradora, con cargo a los recursos fideicomitidos.

⁵¹ Adición No. 1, suscrita el 1º de abril de 2000; Adición No. 2, suscrita el 19 de junio de 2000; Adición No. 3, suscrita el 9 de mayo de 2003; Adición No. 4, suscrita el 31 de diciembre de 2004; Adición No. 5, suscrita el 30 de septiembre de 2005; Adición No. 6, suscrita el 1º de noviembre de 2005; Adición No. 7, suscrita en fecha que no es legible.

El Parágrafo de la Cláusula Sexta del contrato dispone: “**La Junta Administradora** autorizará a la **Fiduciaria** para efectuar los pagos a que haya lugar en desarrollo del fideicomiso objeto de este contrato, con los recursos provenientes de la venta total o parcial del portafolio que ésta administra, asumiendo el **Fideicomitente** el efecto que tal operación genere sobre los estados financieros del Fideicomiso, conforme a la Resolución 200 de 1995 de la Superintendencia Bancaria, mediante la cual se establecen criterios y procedimientos para la evaluación y valoración de las inversiones a precios de mercado.” (Las negrillas son del texto)

La Junta Administradora del Fideicomiso también tenía como función *tomar decisiones sobre el funcionamiento y operación del fideicomiso* y estaba integrada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado; el Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado; el Presidente del FOREC o su delegado y un representante de la Fiduciaria, con voz pero sin voto.

4.3 Convenio Interadministrativo.

El Convenio Interadministrativo celebrado el seis de octubre de 2000, entre las mismas partes, tenía por objeto comprometer a la Fiduciaria para con el FOREC a celebrar los Contratos de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria que se requirieran para el desarrollo del proyecto denominado Vitrina Inmobiliaria y los demás afines y complementarios, todo con el propósito de garantizar un manejo seguro y confiable a los beneficiarios de los subsidios otorgados por el FOREC.

Según rezan las consideraciones del citado Convenio Interadministrativo, *el FOREC estructuró dentro de su política de reconstrucción y desarrollo social un programa de “Vitrina Inmobiliaria” a través de una convocatoria nacional con el propósito de seleccionar propuestas de proyectos de vivienda dirigidos a familias ubicadas en la zona del Eje Cafetero que tuvieran derecho a subsidios.* Dicho programa sería realizado, según

se vio atrás, a través de la constitución de patrimonios autónomos mediante Contratos de Fiducia Mercantil de Administración Inmobiliaria *con el propósito de establecer un manejo financiero que brindara confiabilidad a los beneficiarios de subsidios y al FOREC.*

4.4 Propuesta Técnica y Económica Vitrina Inmobiliaria.

La Fiduciaria había presentado al FOREC, en junio de 2000, la “*Propuesta Técnica y Económica Vitrina Inmobiliaria*” para la realización de las labores de administración, pagos e inversión de los recursos destinados a la ejecución de los proyectos seleccionados como elegibles en el citado programa Vitrina Inmobiliaria, promocionado por el FOREC.

La modalidad contractual empleada, de un patrimonio autónomo por cada uno de los proyectos inmobiliarios que se pretendían desarrollar, surgió de la propuesta de la propia Sociedad Fiduciaria La Previsora. En efecto, la Previsora sugirió que se suscribieran contratos individuales por proyecto para mantener una adecuada separación del lote sobre el cual se construiría cada proyecto de vivienda, así como el manejo independiente de los recursos recibidos y un efectivo control financiero de cada negocio en particular.⁵²

Planteó también la Previsora, que en cada uno de los fideicomisos se conformara un Comité Fiduciario, integrado por (i) un representante del Fideicomitente; (ii) un representante de la Gerencia Zonal; (iii) el Interventor designado por el FOREC; y (iv) un representante de la Fiduciaria, con voz pero sin voto, quien llevaría además la labor de secretaría del Comité.⁵³ Cabe advertir que este tema ya había sido regulado de manera expresa en la Circular 105 de 2000 del FOREC, donde se establecía que en este Órgano participaría el Interventor o su representante y, el Fideicomitente Constructor, además de un representante de la Fiduciaria, quien actuaría con voz, pero sin voto. Según la citada circular, La función a cargo del Comité consistió en *determinar las políticas de ejecución*

⁵² Sección 1. Modalidad Contractual

⁵³ Sección 3. Comité Fiduciario

del contrato fiduciario y especialmente la de establecer las condiciones necesarias para asegurar el cumplimiento del objetivo del proyecto.

Adicionalmente la propuesta de la Previsora incluía explícitamente una función de asesoría, al expresar que *la Fiduciaria con base en su experiencia, presentará sugerencias y recomendaciones sobre el desarrollo financiero del negocio.* Concreta la propuesta que *gracias a la experiencia de la entidad en negocios similares, la Fiduciaria ha previsto dentro de sus Sistema Financiero Integrado un modelo de estructuración presupuestal y financiero especialmente diseñado para la administración de proyectos inmobiliarios, que permite además el manejo contable aplicable a este tipo de negocios.*⁵⁴ Con todo observa el Tribunal que la propuesta no fue acogida en lo que hace a este acápite, en cuanto a que dichas funciones le fueron asignadas en el Contrato de Fiducia Inmobiliaria al Interventor, lo que previamente se había definido mediante la Circular D.E.F 096 del 2 de Mayo de 2000 del FOREC, destinada a proyectos colectivos desarrollados por el sistema de la “Vitrina Inmobiliaria”.

En ejecución del contrato de fiducia mercantil a La Fiduciaria le correspondería desarrollar las siguientes funciones⁵⁵:

- a. Recaudar los subsidios de cada comprador (beneficiario del fideicomiso) a través de una o varias cuentas recaudadoras;
- b. Pagar los gastos del proyecto debidamente aprobados por el Interventor, siempre que se hubiera cumplido el punto de equilibrio;
- c. Invertir los recursos líquidos del fideicomiso en un portafolio individual y/o a través del Fondo Común Ordinario administrado por la Fiduciaria;
- d. Controlar el flujo de caja presentado por el Constructor y aprobado por el Comité Fiduciario e informar al Comité Fiduciario y al FOREC, cuando se presentaran faltantes en algunas cuentas o si se preveían etapas de iliquidez.

⁵⁴ Sección 5, literal d)

⁵⁵ Sección 5. Actividades a Desarrollar

En este orden de ideas, los riesgos en que se enfoca el presente contrato de fiducia mercantil inmobiliario son, de una parte, el de ejecución, al condicionar el inicio del proyecto a la obtención del punto de equilibrio técnico y financiero y, de otra parte, el de manejo de los recursos, al confiar su administración a la Fiduciaria, quien los aplicaría a los pagos previamente autorizados por el Comité Fiduciario y por el propio Interventor y, el legal, al integrar al patrimonio el lote de terreno sobre el cual se levantarían las unidades inmobiliarias destinadas ser transferidas a los compradores beneficiarios de los subsidios.⁵⁶

5. Particularidades del Proyecto G5 -12-E1 Urbanización Las Colinas.

Se presentó a la consideración del Consejo Directivo del FOREC⁵⁷ el Proyecto denominado COLINAS, en virtud del cual se ofrecieron 4.300 soluciones de vivienda, a un precio de \$8.2 millones de pesos cada una, proyecto que estaba destinado a personas afectadas por el sismo, que tuvieran la característica del grupo denominado “arrendatarios”. Las condiciones financieras que se propusieron por parte del Constructor fueron: *“El FOREC desembolsaría el 95% inicialmente y a la firma [Constructora] financiaría a cada familia beneficiaria con de (sic) \$2.3 millones. Con estos [dineros] manejados a través de un encargo fiduciario se obtendrían \$24.101 millones por subsidios; cerca de \$2.700 millones a través de rendimientos....⁵⁸ por recibir 95% de anticipo del FOREC del subsidio de \$5.9 millones de pesos por descuentos en compras de contado a proveedores, y \$5.117 provenientes de ahorro de las familias beneficiarias (\$80.000 /mes/familia) ... ⁵⁹”*.

El Tribunal trae a colación esta propuesta, porque podría orientar a cerca la intención que el Fideicomitente Constructor originalmente tuvo respecto de su participación del Proyecto, que se refleja en el interés de recibir el 95% de anticipo de parte del FOREC. La citada propuesta, tal como fue presentada, no fue aprobada por el Consejo Directivo, mientras no

⁵⁶ Sección 11. Consideraciones

⁵⁷ Acta No 58 de Agosto 16 de 2000, Folio 472 del cuaderno de pruebas No 5

⁵⁸ La palabra no es legible en la copia que reposa en el expediente

⁵⁹ La palabra no es legible en la copia que reposa en el expediente

se contara con el concepto de la parte jurídica del FOREC. Además, el Consejo puso en duda la viabilidad del ofrecimiento.

CAPÍTULO QUINTO

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACION INMOBILIARIA, CIUDADELA LAS COLINAS. INMUEBLE: LOTE NO 2 PARAJE DE HOJAS ANCHAS JURISDICCION DE ARMENIA QUINDÍO.

1. Aspectos Generales.

Tal como se dejó establecido en el presente Laudo, la sociedad González Gutiérrez Ltda. suscribió mediante Escritura Pública No. 2559 de 8 de noviembre de 2000 de la Notaría Quinta de Armenia, el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria que tenía por objeto, de acuerdo con la Cláusula Primera, *“la conformación de un patrimonio autónomo con el bien inmueble que transfiere el FIDEICOMITENTE PROPIETARIO y los bienes muebles que transfiere el FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR, con el propósito que LA FIDUCIARIA administrara los recursos fideicomitidos y realizara los desembolsos requeridos para el desarrollo del proyecto inmobiliario previamente elegido y aprobado por el FOREC...”*

Se estableció en la parte considerativa del contrato en mención, que el FOREC preseleccionó a los Constructores y a los proyectos inmobiliarios y les fijó una serie de requisitos técnicos, jurídicos y financieros, entre los cuales se destaca que los seleccionados por el sistema denominado *“Vitrinas Inmobiliarias”* debían ser desarrollados a través de contratos de Fiducia Mercantil.

En los considerandos consta que el proyecto que se denomina **G5 -12-E1 Urbanización las Colinas** fue calificado elegible por el FOREC el 13 de Septiembre de 2000, según se consignó en comunicación del 6 de Octubre de 2000 de ese Organismo. Se incluye,

también, la comunicación del FOREC en la que se indica que se requiere contar con licencia de urbanismo y construcción, sin las cuales no se pueden suscribir promesas de compraventa, ni endosar subsidios, ni iniciar obras del Proyecto⁶⁰.

El Objeto del presente contrato es la conformación de un Patrimonio Autónomo al cual se transfieren los bienes especificados en el texto del mismo “... con el propósito de que LA FIDUCIARIA administre los recursos fideicomitidos y realice los desembolsos requeridos para el desarrollo del proyecto inmobiliario.....y cuyo desarrollo será por cuenta y riesgo del FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR atendiendo los compromisos adquiridos por el FOREC y con los BENEFICIARIOS”⁶¹. Expresa la misma cláusula que el compromiso es la construcción de un conjunto habitacional de 1000 casas con sus respectivas zonas verdes públicas, así como las aéreas colectivas de servicios comunales, en la ciudad de Armenia, Quindío.

Se determina en el numeral 3 de la Cláusula Tercera del Contrato que el Fideicomitente Constructor será el responsable de estructurar, promover, desarrollar, ejecutar y comercializar, **bajo su propia cuenta, riesgo y responsabilidad** el proyecto inmobiliario propuesto. Por su parte, el contrato define en el numeral 4º a quienes se tendrá como beneficiarios, estableciendo que como tales estaban los promitentes compradores al momento de hacerse exigible la entrega de las respectivas unidades de vivienda y el Fideicomitente sobre los remanentes del fideicomiso.

El Patrimonio Autónomo se conformaba, según lo dispuesto en la Cláusula Quinta, con los bienes muebles e inmuebles que transfirieran el Fideicomitente Constructor y el Fideicomitente Propietario, respectivamente y, con las mejoras construidas sobre los mismos, al igual que con **los subsidios endosados por los beneficiarios designados por el FOREC** al primeramente mencionado. En particular se transfieren al Patrimonio Autónomo, según lo allí establecido, los Inmuebles distinguidos con las matriculas

⁶⁰ Numeral 8 de las consideraciones del Contrato de Fiducia

⁶¹ Cláusula Primera del Contrato de Fiducia.

inmobiliarias No 00-01-0000-1191-000 y 00-01-0000-1192-0000, los que serán cancelados al cesionario “*con cargo a los recursos fideicomitados en la forma que se describe en el flujo de caja aplicado que hace parte del presente contrato(...).*”⁶²

Establece la Cláusula Décima Tercera que la custodia y tenencia de los predios cedidos al Patrimonio Autónomo se entregan por ese mismo instrumento a título de Comodato Precario, conforme con lo cual el Fideicomitente Constructor **se obliga a responder por la custodia y cuidado de los bienes hasta por la culpa levísima.**

El Contrato en mención estableció que el Fideicomiso se realizaría por etapas⁶³. Durante **la Etapa de pre-obra** el Comité Fiduciario y el Interventor estaban encargados de **revisar y verificar** la documentación entregada por el Fideicomitente Constructor para la constitución del Fideicomiso, con la finalidad de determinar la viabilidad de iniciación de la etapa de construcción. En la **Etapa de Construcción** el Fideicomitente Constructor debía **desarrollar y ejecutar** el proyecto inmobiliario, **bajo su propia cuenta, riesgo y responsabilidad**, para lo cual se obligaba a seguir los parámetros señalados por el FOREC y que hacen parte del flujo de caja del proyecto.

Por su parte, el Parágrafo Primero de la Cláusula Décima Cuarta relaciona los documentos que como mínimo debían evaluarse en la Etapa Pre-obra, que entre otros eran: la certificación del Interventor en la que constara que el Proyecto Inmobiliario correspondía al aprobado en la Vitrina Inmobiliaria; presupuestos detallados de construcción con análisis de precios unitarios y programación de construcción y flujo de caja asociado. Advierte el Tribunal en este punto, que la revisión que se ordena en esta etapa, la debieron haber efectuado el Comité Fiduciario y el Interventor, dado que se les asignó a estos órganos.

⁶² Parágrafo de la Cláusula Sexta del Contrato de Fiducia.

⁶³ Cláusula Décima Tercera del Contrato de Fiducia

La tercera y última Etapa del Proyecto se ocupaba de su liquidación, oportunidad en la cual se debían cancelar los pasivos del fideicomiso, se ordenaba entregar las unidades de construcción correspondientes a la última fase del proyecto. Advierte esta misma cláusula, que el Proyecto se podía desarrollar en las fases constructivas que se requirieran, previa aprobación del Comité Fiduciario y del Interventor⁶⁴.

El Contrato también se refiere a las fuentes de los recursos necesarios para financiar el Proyecto⁶⁵, según lo cual éstos se originan en **subsidios** otorgados por el FOREC, FOCAFE e INURBE, **donaciones** y **recursos de los clientes**, igualmente se le incorporaban “*los rendimientos financieros provenientes de las inversiones que se hagan con los excedentes de liquidez producto del desembolso del 100% del subsidio No (sic) propietarios al patrimonio autónomo en la fase inicial del proyecto*”. Además, ingresaban las cuotas mensuales pactadas con los beneficiarios del subsidio y, los recursos del Fideicomitente Constructor.

La cláusula en mención introdujo la posibilidad de modificar, por cuenta del Comité Fiduciario, el flujo de que caja aprobado por el Interventor en la etapa pre- obra, “*de acuerdo con el ingreso de los recursos a los que se hace referencia en el párrafo segundo de esta cláusula, ajustando los alcances técnicos del proyecto y teniendo en cuenta las promesas de compraventa firmadas por los beneficiarios como la propuesta presentada y aprobada en la vitrina inmobiliaria*”. Le correspondía al Fideicomitente Constructor, de la misma manera, coordinar con la Fiduciaria los flujos de caja que se hubieren adoptado para cada una de las etapas del Proyecto⁶⁶.

El encargado de controlar la capacidad financiera y técnica para la adecuada ejecución del Proyecto Inmobiliario era el Interventor, conforme lo dispuso expresamente el Parágrafo Quinto de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato. El Tribunal hace especial hincapié en

⁶⁴ Parágrafo Cuarto de la Cláusula Sexta del Contrato de Fiducia.

⁶⁵ Parágrafo Segundo de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Fiducia

⁶⁶ Literal I de la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Fiducia.

esta obligación, dado que corresponde a las actividades que el propio FOREC fijó en cabeza del Interventor según se dispuso en la Circular D.E.F No 096 de 2000.

En el capítulo IV del Contrato se regularon las obligaciones y derechos de las partes, correspondiendo al Fideicomitente Constructor, - según se advierte una vez más en el texto del Instrumento -, realizar **bajo su propio riesgo y responsabilidad** las labores de construcción, a más de las de promoción, gerencia, y venta del proyecto⁶⁷, ciñéndose al aprobado por el FOREC. Le corresponde al Fideicomitente Constructor, entre otras actividades, **exigir** a la Fiduciaria el estado contable y financiero de los recursos con una periodicidad mensual y **aprobar** u objetar los informes y extractos que ésta le presentara; **legalizar** mensualmente las cuentas del Fideicomiso conjuntamente con el Interventor, para lo cual debía enviar a la Fiduciaria los soportes de los pagos efectuados con cargo al mismo y derivados del proyecto. También le competía llevar el **control de costos y de presupuesto** del proyecto, **verificando y garantizando** que se cumplía el modelo financiero aprobado para la construcción (m del 2º).

Otra de las obligaciones que recaían en el Fideicomitente Constructor y que resalta el Tribunal, era la de suministrar a la Fiduciaria la información que requiriera para **invertir eficientemente** los recursos entregados y **suplir los déficits financieros** que se presentaran en desarrollo del proyecto, “... *exceptuando los provenientes de los giros o transferencias de los subsidios del FOREC una vez recibido la totalidad del subsidio*”. Si los déficits se cubrían con los denominados “créditos constructor”, éstos se debían asumir directamente por el Constructor. La cuantía de los créditos, en ningún caso excedería el 20% del total del proyecto⁶⁸.

Señala el Tribunal que en la Cláusula Décima Octava del Contrato se reitera que la Fiduciaria se exonera de la responsabilidad frente a los aspectos técnicos, jurídicos y financieros derivados del Proyecto, los que correspondían, como se dejó establecido,

⁶⁷ Cláusula Décima Quinta del Contrato de Fiducia.

⁶⁸ Parágrafo segundo de la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Fiducia.

exclusivamente al Fideicomitente Constructor, todo ello bajo la premisa de la indicación que trae la misma cláusula, en el sentido de que la responsabilidad del Fiduciario es de medio y no de resultado, aspecto que tocará esta Providencia en otro aparte.

Adicionalmente, dentro de las obligaciones pactadas a cargo del Fideicomitente Constructor estaba la de coordinar y dirigir todas las actividades del proyecto, incluidas las que allí se denominaron como inherentes, en materia técnica, administrativa y financiera, así como la presentación mensual de los estados financieros de cada una de las etapas del proyecto y el consolidado general del mismo.

Según el Contrato, el Fideicomitente Constructor debía también someter al Comité Fiduciario el pago del lote, que se materializaba el 40% a la firma del Contrato de Fiducia, 30% a los 60 días del primer desembolso y el último 30% a los 120 días del primer desembolso. Por su parte, en la Cláusula Vigésima Segunda, se dejó claro que el valor del terreno en el que se levantó el proyecto hacía parte de los gastos y costos del mismo.

Previo también el contrato obligaciones para el Fideicomitente Constructor que debían ser cumplidas durante la etapa de construcción. Considera el Tribunal que ha de referirse de manera particular a la contenida en el literal c) del aparte 2º de la cláusula que se viene mencionando, la cual establece que éste debía solicitar a la Fiduciaria, con el visto bueno del Interventor y del Comité Fiduciario y de conformidad con los instructivos impartidos por el FOREC, los desembolsos necesarios para la ejecución del proyecto. De la misma manera se ordenaba en el literal d) que los recursos que se requirieran para realizar los pagos derivados de la ejecución del Fideicomiso se solicitaban a la Fiduciaria sobre avance de obra, partidas que debía legalizar mensualmente el Fideicomitente (Literal h).

En esta etapa se destaca la obligación de entregar físicamente a la copropiedad las zonas comunes del proyecto (Literal w). De la misma manera el contrato define como obligaciones a cargo del Fideicomitente Constructor, llevar la contabilidad del proyecto inmobiliario, de acuerdo con las normas generalmente aceptadas y era al Interventor, según

se señaló, a quien le correspondía realizar las verificaciones, en las materias administrativas y financieras del proyecto, informaciones que reposaban en poder del primeramente mencionado, aspecto que el Tribunal destaca por ser materia de la discusión entre las partes vinculadas al contrato y objeto de la Demanda Arbitral (Cláusula Vigésimo tercera).

Las obligaciones a cargo de la Fiduciaria se regularon particularmente en la Cláusula Décima Séptima, entre las cuales se tiene la contenida en el literal m), que le exige *“Mantener invertidos los recursos fideicomitidos durante la vigencia del presente contrato en un portafolio especial que se diseñe para el efecto, buscando los mejores rendimientos posibles de acuerdo con los parámetros del Comité Fiduciario...”*. Igualmente el literal s) en el que se determinó que correspondía a la Fiduciaria gestionar ante el FOREC y FOCAFE II, tanto la emisión de las cartas de subsidio, como el giro de los dineros al patrimonio autónomo, asunto que también forma parte de la controversia llevada al campo arbitral.

Complemento de lo anterior, lo constituyen una serie de *“instrucciones irrevocables para el manejo del negocio Fiduciario”*⁶⁹, que incorporaba el Contrato para el correcto manejo y ejecución del Fideicomiso, siendo una de las más importantes la contenida en el capítulo correspondiente al **giro de los recursos**, conforme con la cual se ordena que ello se efectuará previa aprobación inexcusable del Interventor, contando con la aprobación del Comité Fiduciario y, *“siempre y cuando estén debidamente presupuestados y sean de conocimiento de la Fiduciaria”*, ***cumpliendo cabalmente con lo que al respecto disponga el FOREC.***

Para cumplir con el procedimiento de giro de recursos, el Contrato se refiere de manera concreta a los requisitos contenidos en las Circulares 096 del 2 Mayo de 2000 y 105 de Junio 15 de 2000 del FOREC, incluyendo en su texto lo que al respecto dispusieron las citadas circulares.

⁶⁹ Cláusula Decima Novena del Contrato de Fiducia.

2. Órganos de Operación del Fideicomiso.

Aparte importante para interpretar la voluntad de las partes y las disposiciones del FOREC, es el relacionado con los denominados “*Órganos de Operación*” regulados en el Capítulo VI del Contrato y, concretamente, en la Cláusula Vigésima que se ocupa del Comité Fiduciario, el cual se conforma con el Interventor, el Fideicomitente Constructor o su delegado y la Fiduciaria, la que actuará con voz, pero sin voto. Correspondía al Comité, como máximo órgano rector del Fideicomiso, proporcionar los lineamientos y directrices para que el negocio fiduciario cumpliera su finalidad, enmarcado por las políticas dictadas por el FOREC y, además, aprobar mensualmente los informes de gestión que preparaban el Fideicomitente Constructor, la Fiduciaria y el Interventor.

Resulta paradójico que haya sido el FOREC quien estableciera en la Circular 105 de 2000 la conformación del mencionado Comité, estableciendo de manera obligatoria que de éste debía hacer parte el propio Fideicomitente Constructor, quien era precisamente un destinatario de las medidas y decisiones del Comité, lo que, en ocasiones, pudo haber configurado en oportunidades conflictos de interés, aun cuando dicho inconveniente no consta en las actas de las reuniones de dicho órgano, ni en ningún otro documento que haga parte del presente proceso arbitral. Adicionalmente, en la misma cláusula se establece que las decisiones se debían tomar por consenso. La anterior circunstancia ha llevado al Tribunal a analizar, con la mayor atención, los asuntos que se trataron por dicho Comité, en lo que afectan a la presente causa, ya que las funciones del mismo, van desde la fijación de políticas y procedimientos, hasta la aprobación de las etapas del proyecto, incluyendo otros temas propios de su debida ejecución, al igual que la aprobación de los informes de gestión tanto del Fideicomitente Constructor, como los que correspondía presentar al Interventor y a la Fiduciaria. En este sentido, las decisiones, aprobaciones y autorizaciones del Comité Fiduciario serán tenidas en cuenta por el Tribunal, como actos propios del Fideicomitente Constructor.

Otro asunto que advierte el Tribunal es que la Fiduciaria no haya realizado las convocatorias al Comité Fiduciario, con la frecuencia establecida en el Contrato a, omisión que no advirtió el Interventor, lo que corrobora la inquietud del Tribunal sobre la falta de independencia de que éste podía adolecer, al formar parte del órgano decisorio del Fideicomiso. No obstante, es de destacar que la falta de periodicidad de las reuniones, no causó daño al proyecto o a sus partícipes, lo que se corrobora cuando en los informes de gestión la Fiduciaria se indica que ésta no realizó las correspondientes citaciones, por cuanto ni el Interventor ni el Fideicomitente lo solicitaron.

Ahora bien, la Auditoría y el Control del Proyecto le correspondían al Interventor por disposición expresa de la Cláusula Vigésima Tercera del Contrato. Las funciones de control comprendían los aspectos de carácter técnico, administrativo y financiero del Proyecto, según lo dispuesto en la Circular D.E.F 096 de 2000 del FOREC, antes citada. La designación del responsable de la Interventoría la hacía directamente el FOREC.

Importante destacar que en razón de la Interventoría financiera, se debía ejercer vigilancia sobre la correcta ejecución del presupuesto de obra **y los flujos de caja esperados**, lo que, compaginado con la revisión de los avances de obra para que estos se desarrollaran según los plazos y procesos ofrecidos, exigía un control permanente para mitigar los riesgos del Proyecto, control que estaba, como ya se ha dicho, en cabeza del Interventor.

Cabe destacar, de otro lado, que la Interventoría también era la encargada de aprobar la segmentación del proyecto por etapas, las que debían, según lo allí expresado, **“ser como mínimo sostenibles”**. De la misma manera el Tribunal hace referencia a otro de los deberes que competía al Interventor cual era el de actualizar los estudios de factibilidad económica y elaborar los flujos de caja esperados (numeral 6º), así como revisar las inversiones efectuadas por el Fideicomitente Constructor con cargo a los recursos administrados por la Fiduciaria y la presentación de distintos informes (Numerales 10, 11, 12 y 13).

De otro lado, la Cláusula Décima Novena del Contrato regula lo concerniente al giro de los recursos del Fideicomiso, lo que implicaba, la entrega, a título de anticipo, de un porcentaje de los subsidios endosados previa aprobación, por parte del Interventor y del Comité Fiduciario, así: 50% en el caso de “arrendatarios” y de “reparación y reconstrucción”, y 33,38% en el caso de “reubicados”.

3. Distribución de cargas y riesgos en el Contrato de Fiducia para el desarrollo del proyecto constructivo.

Según se lee en la Circular D.E.F. 096 del 2 de mayo de 2000, el FOREC exigía a los propietarios de los proyectos constructivos elegidos en el programa de la Vitrina Inmobiliaria, lo siguiente:

- a. Garantizar la oportuna entrega de los recursos al proyecto de acuerdo al flujo de fondos acordado entre la Fiduciaria y el Constructor.
- b. Manejar los recursos de los subsidios endosados por los beneficiarios con rentabilidad financiera.
- c. Ofrecer garantías a los beneficiarios por eventuales inconvenientes del Constructor.
- d. Escriturar a los beneficiarios las viviendas una vez terminadas.

Tales exigencias tenían una finalidad que el Tribunal identifica como *causa fiduciae*, que se centra en las facultades jurídicas de administración y disposición de la Fiduciaria sobre los bienes y recursos del Fideicomiso, enmarcadas por las instrucciones irrevocables impartidas por el Fideicomitente Constructor.

A continuación el Tribunal procederá a analizar la distribución de obligaciones y riesgos asumidos por las partes del Contrato de Fiducia y su alineación con los objetivos del mismo.

3.1. Construcción de las unidades de vivienda.

3.1.1 Para el Fideicomitente Constructor.

El Contrato de Fiducia establece que el desarrollo del proyecto inmobiliario, declarado elegible por el FOREC en la Vitrina Inmobiliaria, es *por cuenta y riesgo del Fideicomitente Constructor, atendiendo los compromisos adquiridos por el FOREC y con los beneficiarios*⁷⁰ y libera de responsabilidad por este concepto al Fideicomitente Propietario y a la Fiduciaria.

Una de las etapas del Fideicomiso corresponde a la Construcción, en la cual *el FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR bajo su propia cuenta, riesgo y responsabilidad desarrollará y ejecutará el proyecto inmobiliario, atendiendo los parámetros señalados por el FOREC y que hacen parte del flujo de caja del proyecto.*

Dentro de tales parámetros, el FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR debía obrar del modo más conveniente que a éste le pareciera, para ejecutar el proyecto en las condiciones, términos y plazos acordados con el Comité Fiduciario, teniendo en cuenta los informes periódicos presentados por la Interventoría.⁷¹

La carga de construir las unidades inmobiliarias por su cuenta y riesgo conllevaba para el Fideicomitente Constructor las siguientes obligaciones:

⁷⁰ Cláusula Primera del Contrato de Fiducia. En el mismo sentido, Cláusula Novena, Parágrafo Cuarto, Cláusula Décima Quinta

⁷¹ Cláusula Décima Quinta, literales b) y g) de las Obligaciones durante la Etapa de Construcción

- a. Otorgar a favor del Fideicomiso las garantías de (i) Todo Riesgo Constructor, por el cien por ciento (100%) del valor del proyecto, con vigencia igual a la del Contrato de Fiducia y tres meses más y en todo caso hasta que se perfeccionara la tradición de las unidades inmobiliarias a los beneficiarios; (ii) Salarios y Prestaciones Sociales, por el cinco por ciento (5%) del valor del proyecto, con vigencia de tres años contados a partir de la fecha de terminación del Contrato de Fiducia; (iii) Manejo de Anticipo, por el cien por ciento (100%) del valor del anticipo, hasta la fecha de terminación del Contrato de Fiducia; (iv) Cumplimiento, por el diez por ciento (10%) del valor del proyecto, con vigencia de tres meses contados a partir de la fecha de terminación del Contrato de Fiducia; (v) Estabilidad de la obra, por el diez por ciento (10%) del valor del proyecto, con una vigencia de cinco años contados a partir de la fecha de terminación del Contrato de Fiducia.⁷²
- b. Suministrar los recursos humanos y técnicos necesarios para la ejecución del contrato.⁷³
- c. Tramitar ante las entidades de servicios públicos la respectiva disponibilidad y conexión.⁷⁴
- d. Adelantar la construcción con estricta sujeción a las normas nacionales, departamentales o municipales. El proyecto constructivo debía estar acorde con los planes de desarrollo territorial definidos por el municipio de Armenia en materias tales como áreas de cesión, áreas de reserva ambiental, plan vial, plan de ordenamiento territorial, mapas de riesgo sísmico, zonas de exclusión de protección de fuentes de agua, etc.⁷⁵

⁷² Cláusula Décima Tercera del Contrato de Fiducia. En el mismo sentido, Cláusula Décima quinta.

⁷³ Cláusula Décima Quinta, literales a) y m), de las Obligaciones Genéricas

⁷⁴ Cláusula Décima Quinta, literal j) de las Obligaciones Genéricas

⁷⁵ Cláusula Décima Quinta, literal j) de las Obligaciones durante la Etapa de Construcción

- e. Entregar físicamente, en conjunto con el Interventor, las unidades privadas resultantes del proyecto inmobiliario.⁷⁶
- f. Entregar físicamente a la copropiedad designada, en conjunto con el Interventor, las zonas comunes del proyecto inmobiliario, con el manual de instrucciones para uso y mantenimiento.⁷⁷

3.1.2 Para el Fideicomitente Propietario.

El Fideicomitente Propietario estaba a salvo de responsabilidad por la construcción del proyecto inmobiliario, en los siguientes términos:

*El Fideicomitente Propietario no tendrá ninguna responsabilidad en la construcción y venta del proyecto inmobiliario.*⁷⁸

3.1.3 Para la Fiduciaria.

La Fiduciaria está a salvo de responsabilidad por la construcción del proyecto inmobiliario, en los siguientes términos:

*De ninguna forma se derivará responsabilidad alguna en cabeza de la Fiduciaria por motivos atinentes a la construcción de las viviendas y al desarrollo general del proyecto, en sus aspectos técnicos, jurídicos y financieros, siendo toda esta responsabilidad del Fideicomitente Constructor.*⁷⁹

3.2 Financiación. Disponibilidad de Recursos para hacer pagos.

⁷⁶ Cláusula Décima Quinta, literal v) de las Obligaciones durante la Etapa de Construcción

⁷⁷ Cláusula Décima Quinta, literal w) de las Obligaciones durante la Etapa de Construcción

⁷⁸ Cláusula Décima Sexta del Contrato de Fiducia

⁷⁹ Cláusula Décima Octava del Contrato de Fiducia

Según se desprende de la Cláusula Quinta del Contrato de Fiducia, de los “Bienes que conforman el Fideicomiso” y del Parágrafo Segundo de la Cláusula Décima Cuarta relacionada con la “Autorización para Iniciar la Etapa de Construcción”, las fuentes de financiación del proyecto inmobiliario eran: (i) los subsidios asignados por el FOREC a los beneficiarios, aportados por el Fideicomitente Constructor al Fideicomiso; (ii) los pagos o cuotas periódicas a cargo de los beneficiarios – promitentes compradores; (iii) los créditos contratados por el Fideicomitente Constructor, (iv) los demás recursos aportados al Fideicomiso, y (v) los rendimientos financieros provenientes de las inversiones que se hagan con los excedentes de liquidez.

Frente a la disponibilidad de los recursos necesarios para la ejecución del proyecto inmobiliario, que corría por cuenta y riesgo del Fideicomitente Constructor, y el control del flujo de caja aprobado,⁸⁰ las partes tenían las obligaciones que a continuación se señalan.

3.2.1 Para el Fideicomitente Constructor.

Es entendido que el Fideicomitente Constructor únicamente podía emprender la construcción del proyecto inmobiliario una vez el Interventor determinara su viabilidad y el Comité Fiduciario impartiera la aprobación a su iniciación. Uno de los documentos necesarios para evaluar la viabilidad de iniciar la obra era *la programación de construcción y el flujo de caja asociado*⁸¹, cuya elaboración le correspondía al Fideicomitente Constructor.

Son obligaciones del Fideicomitente Constructor:

- a. Ceñirse al proyecto aprobado por el FOREC en todos los aspectos financieros y económicos, además de los técnicos y ambientales.⁸²

⁸⁰ Parágrafo Tercero de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Fiducia

⁸¹ Cláusula Décima Cuarta, literal h) del Contrato de Fiducia

⁸² Cláusula Décima Quinta, num. 19 del Contrato de Fiducia

- b. Transferir irrevocablemente y entregar en legal forma la totalidad de los bienes objeto del Fideicomiso, incluidos los recursos provenientes del endoso de los subsidios.⁸³
- c. Coordinar con la Fiduciaria los flujos de caja que se hubieren adoptado para el desarrollo del proyecto inmobiliario en cada una de sus etapas.⁸⁴
- d. Dirigir financieramente la construcción del proyecto, lo mismo que técnica y administrativamente, de conformidad con la propuesta presentada y seleccionada por el FOREC.⁸⁵
- e. Solicitar a la Fiduciaria, con el visto bueno del Interventor, los desembolsos necesarios para la ejecución del proyecto inmobiliario, de conformidad con el instructivo que para estos efectos señalara el FOREC y fuera aprobado por el Comité Fiduciario.⁸⁶
- f. Llevar el control de costos y de presupuesto del proyecto, verificando y garantizando que se cumpliera el modelo financiero aprobado para la construcción.⁸⁷
- g. Suplir los déficits financieros que se presentaran en el desarrollo del proyecto inmobiliario, *exceptuando los provenientes de los giros o transferencias de los subsidios del FOREC una vez recibida la totalidad del subsidio*. El Fideicomitente Constructor debía suministrar los recursos necesarios, en forma

⁸³ Cláusula Décima Quinta, num. 1° del Contrato de Fiducia

⁸⁴ Cláusula Décima Quinta, literal l) de las Obligaciones Genéricas del Fideicomitente Constructor

⁸⁵ Cláusula Décima Quinta, literal b), de las Obligaciones del Fideicomitente Constructor durante la Etapa de Construcción

⁸⁶ Cláusula Décima Quinta, literal c), de las Obligaciones del Fideicomitente Constructor durante la Etapa de Construcción. En el mismo sentido, literal o) de la misma cláusula

⁸⁷ Cláusula Décima Quinta, literal m) de las Obligaciones durante del Fideicomitente Constructor durante la Etapa de Construcción

oportuna y dentro de los diez días hábiles siguientes al requerimiento que sobre el particular le formulara la Fiduciaria.⁸⁸

3.2.2 Para el Fideicomitente Propietario.

Bajo la cláusula citada, no había responsabilidad alguna para el Fideicomitente Propietario, en lo que se refiere a la construcción u de ello se desprende nítidamente que tampoco tenía responsabilidad por la financiación del proyecto inmobiliario.

3.2.3 Para la Fiduciaria.

La Fiduciaria estaba exenta de la obligación de proveer recursos al Fideicomiso para pagar los gastos del proyecto. En este sentido, el Contrato de Fiducia dispone en su Cláusula Décima Octava: *“Gestión Fiduciaria: Las obligaciones de la Fiduciaria son de medio y no de resultado, debiendo realizar diligentemente todos los actos necesarios para el cumplimiento de la finalidad de la fiducia. Así mismo, es claro para las partes que de ninguna forma se derivará responsabilidad alguna en cabeza de la Fiduciaria por motivos atinentes a la construcción de las viviendas y al desarrollo general del proyecto, en sus aspectos técnicos, jurídicos y financieros, siendo toda esta responsabilidad del Fideicomitente Constructor. Igualmente, la Fiduciaria no está obligada a asumir con sus propios recursos financiación alguna derivada del presente contrato, ni será responsable por la demora de los desembolsos, si su causa no radica en ella”*.

Además, al tenor de lo dispuesto en las cláusulas arriba citadas, la responsabilidad de consecución de los créditos necesarios para la ejecución del proyecto inmobiliario fue asignada íntegramente al Fideicomitente Constructor.

Frente al flujo de caja del proyecto, la Fiduciaria tenía las obligaciones de:

⁸⁸ Cláusula Décima Cuarta, núm. 9º del Contrato de Fiducia. En el mismo sentido, Parágrafo de la Cláusula Novena y Parágrafo de la Cláusula Vigésima Segunda. Los gastos y costos del Fideicomiso son pagados por el Fideicomitente Constructor en caso de que los recursos del Fideicomiso sean insuficientes o no existan al momento de su cancelación.

- a. Coordinar con el Fideicomitente Constructor el flujo de caja del proyecto⁸⁹, sabiendo, como está dicho, que (i) lo ofrecido por la Fiduciaria en materia de “control” no quedó incorporado en el Contrato, (ii) que las modificaciones al flujo de caja debían ser aprobadas por el Interventor y por el Comité Fiduciario⁹⁰, y (iii) que la Fiduciaria sólo paga los gastos y costos del fideicomiso aprobados por el Interventor, que estuvieran presupuestados.⁹¹
- b. Suministrar la información de desembolsos de subsidios de los beneficiarios vinculados al proyecto constructivo.⁹²
- c. Gestionar, respectivamente, ante FOREC y FOCAFE II, la emisión de las cartas de subsidio y/o el giro de los dineros al patrimonio autónomo.⁹³

3.3 Realización de los pagos. Errores y Omisiones.

El objeto del Fideicomiso consistía en que la Fiduciaria *administrara los recursos fideicomitados y realizara los desembolsos requeridos para el desarrollo del proyecto inmobiliario*, con la finalidad señalada en la Circular D.E.F 096 del 2 de mayo de 2000, atrás referida.

Frente a los pagos con cargo a los recursos del Fideicomiso, las partes tienen los derechos y las obligaciones que a continuación se señalan:

⁸⁹ Cláusula Décima Quinta, literal l) de las Obligaciones Genéricas del Fideicomitente Constructor

⁹⁰ El Comité Fiduciario aprobará las modificaciones al flujo de caja aprobado por el Interventor en la etapa de pre-obra de acuerdo con el ingreso de los recursos del fideicomiso, ajustando los alcances técnicos del proyecto, y teniendo en cuenta tanto las promesas de compraventa firmadas por los beneficiarios como la propuesta presentada y aprobada en la Vitrina Inmobiliaria. Parágrafo Tercero de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Fiducia

⁹¹ Cláusula Décima Novena, literal A) del Contrato de Fiducia

⁹² Cláusula Décima Séptima, literal r)

⁹³ Cláusula Décima Séptima, literal s)

3.3.1 Para el Fideicomitente Constructor.

Como responsable del proyecto inmobiliario, el Fideicomitente Constructor tenía la facultad de *solicitar a la Fiduciaria, con el visto bueno del Interventor, los desembolsos necesarios para la ejecución del proyecto, de conformidad con el instructivo que para estos efectos señalara el FOREC y siempre que el desembolso fuese aprobado igualmente por el Comité Fiduciario*⁹⁴ y existieran los recursos en el Patrimonio Autónomo⁹⁵

Igualmente puede *solicitar los recursos necesarios para atender las obligaciones tributarias propias del fideicomiso, tales como impuestos prediales, valorizaciones, contribuciones y demás inherentes al derecho de dominio o propiedad.*⁹⁶

Desde el punto de vista patrimonial, la realización de los pagos era una obligación del Fideicomitente Constructor, como quiera que era el responsable por la contratación de la obra, que se servía del fideicomiso como un agente para transferencia y registro.⁹⁷ En este sentido, el Contrato de Fiducia señala como obligación del Fideicomitente Constructor, durante la Etapa de Construcción, la siguiente: *“Ejecutar los pagos y obligaciones que se generen en desarrollo del presente contrato, previa aprobación del Interventor. Los recursos necesarios para cancelar los pagos que se generen en desarrollo del contrato serán desembolsados por la Fiduciaria contra avance de obra, razón por la cual las obligaciones tributarias que dichos pagos generen serán de cargo del Fideicomitente Constructor exclusivamente.”*⁹⁸

Le correspondía al Fideicomitente Constructor, además, legalizar mensualmente las cuentas del Fideicomiso conjuntamente con el Interventor, enviando a la Fiduciaria copia original

⁹⁴ Cláusula Décima Quinta, literal c) de las Obligaciones durante la Etapa de Construcción

⁹⁵ Decisión del FOREC, contenida en el acta 35 de Octubre 27 de 1999

⁹⁶ Cláusula Décima Quinta, literal e) de las Obligaciones durante la Etapa de Construcción

⁹⁷ El Fideicomitente Constructor celebra en nombre propio y bajo su responsabilidad, los contratos y subcontratos necesarios para el desarrollo del proyecto

⁹⁸ Cláusula Décima Quinta, literal d) de las Obligaciones durante la Etapa de Construcción

de los soportes de los pagos efectuados con cargo al mismo y derivados del proyecto inmobiliario.⁹⁹

3.3.2 Para el Fideicomitente Propietario.

De presentarse la condición resolutoria prevista en el Contrato de Fiducia, el Fideicomitente Propietario no sería beneficiario de la instrucción irrevocable de pagar, con cargo a los recursos del fideicomiso, el valor del terreno donde se desarrollará el proyecto inmobiliario, de acuerdo al flujo de caja.¹⁰⁰

El Parágrafo de la Cláusula Sexta del Contrato de Fiducia establece: *“El valor del (os) bien inmueble que por el presente instrumento transfiere el Fideicomitente Propietario a la Fiduciaria La Previsora S.A. para el desarrollo y ejecución del proyecto constructivo objeto de este contrato, será cancelado con cargo a los recursos fideicomitados, en la forma que se describe en el flujo de caja aplicado que hace parte del presente contrato y siempre que no se configure la Condición Resolutoria a que se refiere la Cláusula Décima Sexta ibídem.”*

En cuanto al cronograma de pagos, el mismo Contrato de Fiducia establece como obligación del Fideicomitente Constructor la siguiente: *“Gestionar ante el Comité Fiduciario el pago del lote de la siguiente forma: el 40% del valor del lote a la firma del presente contrato fiduciario, el 30% a los 60 días del primer desembolso y el último 30% a los 120 días del primer desembolso.”*

El riesgo para el Fideicomitente Constructor se limitaba a que no se le cancelara el valor del predio, en las fechas y porcentajes establecidos en el correspondiente contrato de compraventa, que se incorporó al de fiducia.

⁹⁹ Cláusula Décima Quinta, literal h) de las Obligaciones durante la Etapa de Construcción

¹⁰⁰ Cláusula Décima Novena, num. 3°. En el mismo sentido, ver Cláusula Vigésima Segunda, num. 6°

Desde la perspectiva pasiva, el Fideicomitente Propietario no tenía obligaciones por la realización de los pagos del Fideicomiso.

3.3.3 Para la Fiduciaria.

A la Fiduciaria le correspondía, como vocera del Fideicomiso, la administración de los recursos fideicomitados y la realización de los desembolsos requeridos para el desarrollo del proyecto inmobiliario, conforme a las instrucciones irrevocables de pago impartidas por el Fideicomitente Constructor en el acto constitutivo y en su desarrollo, con el siguiente alcance, al tenor de lo dispuesto en la Cláusula Décima Novena, “*Instrucciones para el Manejo del Negocio Fiduciario*”:

- a. Las instrucciones de giro impartidas por el Fideicomitente Constructor en desarrollo del Fideicomiso son válidas en cuanto (i) sean aprobadas por el Interventor; (ii) estén debidamente presupuestadas y sean de conocimiento de la Fiduciaria, lo que se refiere a su identificación en el flujo de caja aprobado por el Comité Fiduciario; (iii) se dé cabal cumplimiento a lo dispuesto en las circulares emitidas por el FOREC sobre la materia.
- b. Los desembolsos al Fideicomitente Constructor se estructuran de la manera que a continuación se enumeran, de acuerdo con las Circulares 96 y 105 emitidas por el FOREC, en consideración de las calidades de los beneficiarios de los subsidios.

3.4 Transferencia del derecho de dominio sobre las Unidades Inmobiliarias. Riesgo Legal.

La finalidad del Fideicomiso era la transferencia del derecho de dominio sobre las unidades inmobiliarias a los beneficiarios determinados por el FOREC. La integración del patrimonio autónomo con los lotes de terreno donde se desarrollaría el proyecto aseguraba el cumplimiento de esta finalidad, en cuanto mantenía el activo libre de gravámenes y limitaciones. Al respecto las cargas derivadas del Contrato de Fiducia son:

3.4.1 Para el Fideicomitente Constructor.

Le corresponde al Fideicomitente Constructor elaborar y suscribir las escrituras públicas de compraventa mediante las cuales se transfería el derecho de dominio de las unidades de vivienda a los beneficiarios de los subsidios.¹⁰¹ Al acto de suscripción de las respectivas escrituras públicas debía concurrir la Fiduciaria para completar la tradición, dada su condición de titular fiduciario del derecho de dominio.

3.4.2 Para el Fideicomitente Propietario.

Conforme la cláusula varias veces citada, el Fideicomitente Propietario no tenía responsabilidad en la venta del proyecto inmobiliario, más allá de la obligación de saneamiento del inmueble.

3.4.3 Para la Fiduciaria.

Era obligación de la Fiduciaria realizar el estudio de los títulos de los inmuebles seleccionados por el Fideicomitente, para el desarrollo inmobiliario. Esta obligación hace relación con el deber profesional de la Fiduciaria de velar por la adecuada integración del patrimonio autónomo, pues vicios en la tradición del inmueble sobre el cual se levantaría el proyecto impedirían la transferencia sin vicios de las unidades a los beneficiarios.

¹⁰¹ Cláusula Décima Quinta del Contrato de Fiducia

Como vocera del Fideicomiso le corresponde a la Fiduciaria celebrar a nombre del Fideicomiso los contratos para trasladar el dominio de las unidades inmobiliarias a los beneficiarios determinados por el FOREC y entregar los recursos para atender los pagos de derechos notariales y demás cargas que se originaran en esta operación, siempre y cuando se cumpliera con los requisitos establecidos por el FOREC.¹⁰²

4. Dinámica del Flujo de Desembolsos.

4.1 Circular No. 105 del FOREC de fecha 15 de junio de 2000.

El flujo de desembolsos de subsidios directos de reubicación (\$8.039.640) y de subsidios de reubicación (\$4.000.000) a los Constructores elegibles en el Programa de Vitrina Inmobiliaria es el siguiente, conforme lo dispuesto por la Circular No. 105 del 15 de junio de 2000:

- a. 50% del subsidio directo de reubicación (\$4.019.820), previa presentación de una póliza de manejo y correcta inversión del anticipo por el 100% del valor girado y con un plazo igual al tiempo de construcción y tres meses más.
- b. El saldo del subsidio directo de reubicación (\$4.019.820), será desembolsado de acuerdo al avance de obra.
- c. El subsidio de reubicación (\$4.000.000), será desembolsado sobre avance de obra, reteniendo el 5% del total de los subsidios hasta la escrituración y recibo de la vivienda por parte del beneficiario y la Interventoría.

El desembolso del subsidio por parte de la Fiduciaria estaba sujeto a que el beneficiario hubiese endosado el subsidio al Constructor para su manejo en fiducia y que el beneficiario

¹⁰² Cláusula Décima Séptima, j) del Contrato de Fiducia

hubieses suscrito promesa de compraventa con el Constructor, siempre que se contara con recursos en el fideicomiso.

Esta dinámica de desembolsos obedecía al objetivo de *acelerar el proceso de reconstrucción, facilitar la atención de las familias afectadas y facilitar la construcción de las viviendas de las familias beneficiarias.*

4.2 Configuración del endoso del subsidio.

El patrimonio autónomo se integraba con los *subsidios endosados al Fideicomitente Constructor por los beneficiarios designados por el FOREC.* Los subsidios aprobados por el FOREC estaban representados en documentos denominados “carta cheque”, que no comportaban los elementos de los títulos valores establecidos en el artículo 619 del Código de Comercio, aun cuando representaban un derecho y, según las disposiciones expedidas por el FOREC, los habilitaba para que pudieran ser cedidos.

5. Actos del Comité Fiduciario.

El Tribunal ha considerado relevante como material probatorio las actas del Comité Fiduciario que fueron aportadas oportunamente al proceso y que servirán, en conjunto con otras pruebas que reposan en el expediente, para analizar la conducta de las partes vinculadas al Contrato de Fiducia. En efecto, en éstas se puede apreciar el desempeño del Proyecto y las actividades que cada una de las partes desplegó en la condición en la que les correspondía actuar dentro del mismo. Para lo anterior, el Tribunal hará referencia, en particular, a aquellas actas en las que se toquen puntos relevantes para el proceso arbitral, varias de ellas además relacionadas en el Dictamen Pericial de 10 de Marzo de 2008 y en sus aclaraciones y complementaciones.

5.1 Acta 1 de Noviembre 20 de 2000.¹⁰³

En esta reunión se concretaron los siguientes puntos: se instaló el Comité Fiduciario y se recibió un informe de la Fiduciaria sobre el manejo del Fideicomiso. De igual manera se incluyó un informe del Fideicomitente Constructor, con los siguientes puntos: subsidios endosados y promesas de compraventa suscritas; certificación sobre punto de equilibrio del proyecto; estado de las fichas inscritas al 3 de noviembre del año 2000.

A su vez, el Interventor presentó su informe, respecto del cual la Fiduciaria le solicitó que se manifestara sobre el presupuesto general del proyecto, así como sobre el cronograma y flujo de fondos, con el objeto de que se pudieran aprobar en la siguiente reunión y se determinara la forma en que se harían los desembolsos de proyecto.

En la misma reunión la Fiduciaria requirió al Constructor para que éste procurara la mejor gestión posible ante el FOREC, con la finalidad de lograr la vinculación de los beneficiarios al proyecto y se consiguiera la aprobación de los subsidios ante esta misma entidad. La Fiduciaria ofreció coadyuvar las mencionadas solicitudes y agilizar los desembolsos de los recursos a las cuentas del Fideicomiso. Indicó al mismo tiempo la Fiduciaria que el control de la cartera de los beneficiarios debía ser llevado exclusivamente por el Constructor.

En otro de los apartes del acta se incluyó el estado de los subsidios y se indicó que FOCAFEÉ solo procedería a su giro con el 35% de la obra ejecutada. En relación con los beneficiarios de subsidios de los denominados “Arrendatarios”, se indicó que se encuentran en trámite ante el FOREC y en lo que hace con los llamados de Relocalización y Reubicados se informó que se encontraban en traslado 65 subsidios de las ONGs al Fideicomiso. Se mencionó igualmente que era necesario adecuar los procedimientos para un mejor desempeño del Fideicomiso.

¹⁰³ Folio No 131 del Cuaderno de Pruebas No 1 y relacionada en el Dictamen Pericial respuesta a la pregunta 17 de la convocante

5.2 Acta No. 3 del 6 de Diciembre de 2000.¹⁰⁴

En el aparte 4. del acta se indicó de manera expresa que “Se entregó por parte del Fideicomitente y el Interventor el Flujo de caja y cronograma **aprobado por éste último**. El comité fiduciario ratificó esta aprobación. En el aparte 5. denominado Estado de Desembolsos, la Fiduciaria informó que para este fideicomiso, el FOREC ordenó el giro de 672 subsidios en cuantía de \$5.900.000 para cada uno, por lo cual se podía disponer de recursos hasta por \$1.982.400.000, para el primer anticipo destinado al Proyecto. El Tribunal advierte que la suma mencionada equivale al 50% del subsidio autorizado por el FOREC, lo que corresponde a lo establecido en las reglas que sobre porcentaje de anticipos determinó dicho organismo.

5.3 Acta No 4 del 19 de diciembre del 2000.¹⁰⁵

En el capítulo correspondiente al trámite y legalización de recursos a la cuenta del fideicomiso, la Fiduciaria indicó al Comité Fiduciario que para efectos de poder disponer de los recursos que se consignaran en las cuentas del fideicomiso por parte de los beneficiarios de los subsidios o de las Gerencias Zonales, el Constructor debía legalizar ante la Fiduciaria la procedencia de los dineros, para lo cual solicita a esta última asignar un funcionario de la Constructora, para que en coordinación con el área contable de la Fiduciaria se remitiera oportunamente la información necesaria.

5.4 Acta No. 5 del 12 Enero de 2001.¹⁰⁶

Según consta en el punto 4° de la citada acta, la Fiduciaria presentó un informe sobre los recursos disponibles en el Fideicomiso para desembolsarle al Constructor, según el cual, de aquellos de la categoría “**identificados arrendatarios**” cuyo valor era de \$3.964.800, el anticipo disponible registrado era de \$1.982.000. Se informó también que para los

¹⁰⁴ Folio No 137 del Cuaderno de Pruebas No 1

¹⁰⁵ Folio 140 del Cuaderno de Pruebas No 1 y relacionada en el dictamen Pericial, pregunta 4 de la Convocada

¹⁰⁶ Folio 143 del Cuaderno de Pruebas No 1

denominados “**identificados reubicados y relocalizados**” se les asignó una suma \$77.330.974, de la cual \$36.084.902 estaba disponible para anticipos. Verificado por el Tribunal esta disposición de fondos, los ingresos disponibles en el fideicomiso para ser entregados como anticipos, respondían al 50% de los asignados por el FOREC.

5.5 Acta 6 del 23 de Enero de 2001.¹⁰⁷

En el Informe del Constructor éste solicita reprogramar la obra y el flujo por las siguientes consideraciones: Los pagos del lote previstos en la promesa de compraventa no se ajustaban a lo aprobado en el flujo de fondos; el valor de las viviendas ha variado por la autorización del subsidio de \$4 millones aprobado por el FOREC y, adicionalmente, los subsidios no han ingresado al Patrimonio Autónomo de acuerdo con lo previsto en el flujo de caja aprobado en cantidad y tiempo.

El Constructor ofreció presentar a consideración de la Interventoría el nuevo flujo de caja y lo pondría a consideración del comité en la próxima reunión

5.6 Acta No. 7 de 5 de Febrero de 2001.¹⁰⁸

Advierte una vez más el Tribunal, que en el texto de la presente acta se discriminan los porcentajes de anticipos a disposición del Constructor por concepto de subsidios, liquidados al 50% de los recursos que el FOREC había autorizado a esta fecha. En efecto, en el capítulo denominado “Cupo de anticipo”, la Fiduciaria presenta la siguiente información: “... el saldo actualizado por concepto de anticipo de subsidios asciende a la suma de \$2.237.604.959, de pesos, valor que corresponde a la proporción de recursos ingresados que de acuerdo a las circulares del FOREC se pueden autorizar. Para unos ingresos desagregados de \$4.465.171.072”.

¹⁰⁷ Folio 146 del Cuaderno de Pruebas No 1 y relacionada en el dictamen Pericial, pregunta 17 de la Convocante

¹⁰⁸ Folio 150 del Cuaderno de Pruebas No 1

5.7 Acta 8 del 9 de Febrero de 2001.¹⁰⁹

En un capítulo denominado “Reprogramación de Obra”, la Interventoría reiteró la necesidad de reprogramar la obra dado el atraso que se presentaba de acuerdo con el flujo de caja inicialmente aprobado al Constructor. Al respecto éste manifestó su conformidad y expresó que presentará a consideración de la Interventoría la reprogramación a más tardar el próximo 15 de febrero del 2001. Se anota que los ingresos previstos del fideicomiso no habían llegado exactamente como se tenía programado inicialmente.

Se advirtió que el Flujo de Caja ajustado no se presentó en la oportunidad ofrecida por el Constructor.

5.8 Acta 9 del 26 de Febrero de 2001.¹¹⁰

En el aparte denominado “Reprogramación de obra y solicitud de \$4 millones de Ley Quimbaya”, la Fiduciaria informa que el Consejo Directivo ordenó entregar \$2.600.000 como anticipo cuando el subsidio de \$5.900.000 esté invertido en un 80% de avance de obra y el saldo de \$1.400.000 se entregará contra avance de obra. Con base en esta información el Interventor informaría a la Fiduciaria cuántos subsidios de \$5.900 MM se encuentran ejecutados al 80%. El Constructor se comprometió a entregar la reprogramación de obra antes del 5 de Marzo.

5.9 Acta No. 10 del 14 de Marzo de 2001.¹¹¹

En el texto de la presente acta se concretan varios asuntos que estaban pendientes de definirse por parte del Constructor como la reprogramación de la obra que incorpora 1031

¹⁰⁹ Folio 152 del Cuaderno de Pruebas No 1 y relacionada en el dictamen Pericial, pregunta 17 de la Convocante

¹¹⁰ Folio 155 del Cuaderno de Pruebas No 1 y relacionada en el dictamen Pericial, pregunta 3 de la Convocada

¹¹¹ Folio 159 del Cuaderno de Pruebas No 1

viviendas, con una capacidad del lote cedido al fideicomiso de 1100 unidades. Anuncia que le hará entrega a la Fiduciaria, entre otros documentos, de la licencia de construcción y de urbanismo para las nuevas unidades y del estado de la gestión de 34 inconsistencias “en fichas inscritas en otros proyectos”. Consta también en el acta que el Constructor asumirá “los déficits por no pagos efectuados” sobre los menores valores consignados en subsidios de reubicados y relocalizados.

En el aparte correspondiente al informe de la Fiduciaria, ésta hace precisión nuevamente sobre los ingresos por concepto de subsidios de arrendatarios, reubicados y relocalizados, en los que se puede apreciar que en todo caso se han consignado a disposición del Constructor el 50% de los recursos autorizados por el FOREC.

5.10 Acta 13 del 17 de Abril de 2001.¹¹²

En el punto 3 del acta se hacen las siguientes aseveraciones: La Fiduciaria indica que a la fecha no se han recibido los endosos ni las cartas que por valor de \$4 MM de pesos, que se deben tramitar para cada uno de los beneficiarios registrados. Solicita al Constructor agilizar este procedimiento para **evitar demoras en los desembolsos**.

Por otra parte, el Comité Fiduciario le solicita a la Fiduciaria tramitar ante el FOREC el desembolso correspondiente a 160 beneficiarios en cuantía de \$2.6 MM de pesos cada uno y, dar alcance a la solicitud respecto del desembolso de los primeros 140 beneficiarios, requiriendo la totalidad de los \$4 MM de pesos, para lo cual la **Interventoría** entrega a la Fiduciaria el correspondiente certificado, relacionando en forma individual los beneficiarios con nombre, cédula y porcentaje de avance de obra.

De otro lado la Fiduciaria solicita al Constructor que modifique el flujo de caja aprobado, **dado que en éste no se incluyó el ajuste por concepto de AIV de las actas 1, 2 y 3**, por lo que se presentan diferencias entre el presupuesto presentado frente a las actas de obra.

¹¹² Folio 167 del Cuaderno de Pruebas No 1 y rrelacionada en el dictamen Pericial, pregunta 17 de la Convocante

Igualmente la Fiduciaria le recuerda al Constructor el compromiso adquirido para **solucionar el problema de las inconsistencias de beneficiarios** frente a los cuales el FOREC les giró el subsidio al fideicomiso, pero se indica que algunos se encuentran en la actualidad inscritos en otros proyectos. El Constructor se compromete a solucionar este asunto antes del 30 de Abril.

5.11 Acta 22 del 9 de Julio de 2001.¹¹³

En el informe rendido por la Fiduciaria ésta indica que tiene listos para girar, a título de anticipo, \$57 MM de pesos y advierte que los recursos restantes se deben trasladar **al nuevo fideicomiso** para ser girados desde allí. (No se identifica a cual otro Fideicomiso se refiere el texto del acta).

5.12 Acta 23 del 27 de Julio de 2001.¹¹⁴

En el aparte correspondiente al informe de la Fiduciaria se indica que se cuenta con \$128 millones de pesos, que a la fecha se encuentran sin identificar. Le manifiesta al Constructor que **si esto no se soluciona la Fiduciaria no se los puede girar**. También solicita que se agilice el proceso para identificar las inconsistencias. Le recuerda que envíe la información necesaria de los beneficiarios y sus pagos. Igualmente requiere un informe sobre el estado de la cartera de los beneficiarios sobre recursos propios que ha recibido directamente el Constructor, porque el pago total de la obligación por parte de los beneficiarios es requisito indispensable para poder escriturar los predios.

En el informe del Constructor éste informa al Comité que ve con preocupación **que los recursos de la Ley Quimbaya de los beneficiarios de FOCAFEÉ no hayan ingresado al fideicomiso** y que no haya claridad sobre quién, cuándo y cómo se van a cancelar dichos recursos. Esto afecta a 64 beneficiarios. Solicita a la Fiduciaria que cite a los representantes

¹¹³ Folio 191 del Cuaderno de Pruebas No 1

¹¹⁴ Folio 194 del Cuaderno de Pruebas No 1 y Rrelacionada en el dictamen Pericial, pregunta 4 de la Convocada

de FOCAFEÉ, para aclarar estos puntos. Indica que en los presupuestos del proyecto no se incluyeron los costos de medidores y contadores, por lo que se están haciendo las gestiones para que las empresas de servicios públicos financien directamente a los adquirentes de vivienda.

Recuerda la Fiduciaria que es necesario tramitar con las gerencias zonales los certificados y/o documentos de entrega de los predios en alto riesgo a los Municipios, dado que este requisito es necesario para desembolsar los últimos \$4 millones del subsidio de reubicación y escriturar el nuevo predio al beneficiario

5.13 Acta 25 del 3 de Septiembre de 2005.¹¹⁵

En el capítulo correspondiente al Informe de la Fiduciaria, se indica que a la fecha no ha recibido el reporte de inconsistencias que el Constructor se comprometió a entregar el 3 de agosto. Se dice que lo anterior es indispensable para poder ajustar los ingresos y evaluar cuáles beneficiarios no deben estar en este proyecto y así devolver al FOREC los subsidios correspondientes y así mismo solicitar a los otros fideicomisos el traslado de los recursos de los beneficiarios que presenten dicha situación, para con ello solucionar los problemas sobre cédulas e inconsistencias con el FOREC y con las Gerencias Zonales.

La Fiduciaria indica que el Fideicomiso cuenta con \$256.783.483.89, suma de la que no se puede disponer hasta tanto se aclare la situación de inconsistencias. Indica que tampoco se han recibido los documentos de traspaso de 45 beneficiarios de subsidios de reubicación. Agrega que por disposiciones del FOREC estos inconvenientes no permiten disponer de los últimos \$4 MM del subsidio, todo lo cual puede ascender a \$180 MM de pesos.

5.14 Acta 26 del 19 de Septiembre de 2001.¹¹⁶

¹¹⁵ Folio 201 del Cuaderno de Pruebas No 1

¹¹⁶ Folio 204 del Cuaderno de Pruebas No 1

En el capítulo correspondiente al Informe del Constructor se indica que tiene listas 600 escrituras en las notarias de Armenia, que no ha podido tramitar debido a que el proyecto tuvo que **ser modificado en su licencia de urbanismo, porque ya no se va a manejar en conjunto cerrado**. Además, el número de lotes aumentó en 30 unidades y se modificaron las áreas de cesión al Municipio. Por otro lado, confirma que por la presión de la comunidad, entregó 245 viviendas sin escritura de traspaso, de las cuales se encuentran ocupadas 108 unidades. Sobre el informe de inconsistencias, subsidios no pagados y el estado de entrega de predios de alto riesgo al Municipio, el Constructor afirma que los entregará el 26 de Septiembre.

5.15 Acta 27 del 8 de Octubre de 2001.¹¹⁷

En el informe correspondiente a la Fiduciaria, se indica que el Constructor no ha entregado a la fecha el informe consolidado de inconsistencias. Reitera que éste es esencial para determinar los inconvenientes que se han presentado con la información sobre beneficiarios y los recursos pendientes para ingresar al fideicomiso. Agrega que faltan documentos de 32 predios de alto riesgo que se deben entregar al Municipio. Reitera que todo ello es indispensable para no tener inconvenientes en la escrituración y solicita agilizar la remisión de escrituras al Fideicomiso, porque como lo manifestó el Constructor, éste entregó viviendas sin escrituración.

5.16 Acta 28 del 25 de Octubre de 2001.¹¹⁸

En la parte del informe de la Fiduciaria ésta reitera que aún no se han recibido informes sobre inconsistencias, como tampoco los documentos de predios de alto riesgo. Así mismo hace una evaluación de las sumas relacionadas con el fideicomiso y termina indicando que cuenta con un saldo disponible de \$14.951.731.49, del pendiente por desembolsar que es de \$532.105.883 de pesos.

¹¹⁷ Folio 207 del Cuaderno de Pruebas No 1 y rrelacionada en el dictamen Pericial, pregunta 4 de la Convocada

¹¹⁸ Folio 210 del Cuaderno de Pruebas No 1 y rrelacionada en el dictamen Pericial, pregunta 4 de la Convocada

5.17 Acta 32 del 21 de febrero de 2002.¹¹⁹

En el capítulo correspondiente al informe del Constructor, por primera vez se informa que se tienen problemas de liquidez. Solicita al Comité analizar alternativas para poder cancelar los costos de las escrituras que actualmente se encuentran en las notarías (500) y para poder atender el pago de las primas de los Seguros que amparan diversos riesgos del proyecto.

En el informe del Interventor se indica que hay preocupación de los proveedores por el pago de pasivos pendientes. Informa que se encuentran obras e inversiones por ejecutar en cuantía de \$751.412.000, después de considerar un ajuste que se sugirió en reunión con la Fiduciaria. Informó que no recibirá 80 viviendas tipo C, por que el soporte técnico no ha sido presentado por el Constructor.

En el aparte correspondiente al Informe de la Fiduciaria ésta propone que para poder solucionar el problema de liquidez para el pago de escrituras y de primas de las pólizas, se utilicen los rendimientos financieros del fideicomiso, que para esta fecha ascienden a \$103.896.379 pesos, propuesta que fue aprobada por los miembros del Comité.

5.18 Acta 36 del 23 de Mayo de 2002.¹²⁰

En el Informe a cargo de la Fiduciaria se expresa que en relación con los desembolsos de FOCAFEÉ y Comfenalco, el último 20% del subsidio de la primera de las entidades mencionadas será girado contra escrituración, procedimiento que no se puede modificar, ya que corresponde a una política de la Junta Directiva de esa entidad. Por otra parte, los recursos de Comfenalco se pueden entregar contra avances de obra. Continúa informado la Fiduciaria que lo consignado por estas dos entidades al corte de 30 de Abril de 2002

¹¹⁹ Folio 217 del Cuaderno de Pruebas No 1

¹²⁰ Folio 226 del Cuaderno de Pruebas No 1

asciende a \$577.220.000, correspondiente al 68.2% de los subsidios. Se presenta una diferencia de \$87.400.000, que se debe conciliar.

En el informe del Constructor se indica que le faltan recursos para culminar las obras por \$140 MM de pesos, de los cuales \$80 MM se utilizarían para terminar las viviendas y \$60 MM para obras de urbanismo. La Fiduciaria y la Interventoría le preguntan al Constructor cómo va a amortizar los anticipos por legalizar, ya que las cifras presentadas en los informes sobre avances de obra no los reflejan. Igualmente le solicitan que informe cuántos recursos requiere para terminar el proyecto.

De otro lado, el Interventor indica que en las actas de avance de obra no se incluyeron los valores por concepto de utilidad presupuestada, por lo que siempre dará una suma inferior de ejecución de obra, como quiera que, desde el principio se decidió dejar la utilidad para el final. Al hacer estos ajustes, según él lo indica, en un momento quedará claro que las amortizaciones alcanzan para cubrir los anticipos, lo mismo ocurre frente a los desembolsos del FOREC y con los que viene haciendo FOCAFEÉ. Por esta razón, expresa el Interventor, no se aconseja separar, en las actas las fuentes de los subsidios, porque se generarían valores diferentes. La Interventoría deja constancia que su rol se limita a los subsidios del FOREC y que los demás no son de su resorte.

Se continúa con el informe del Interventor indicando que se ha girado el 98% de los recursos por concepto de subsidios. Hay recursos en el Fideicomiso provenientes de FOCAFEÉ, que el propio Interventor tramitó. Después del desembolso que el Interventor puede autorizar correspondiente al acta de obra 21, solo se pueden girar recursos con base en escrituras públicas debidamente registradas.

En el Informe de la Fiduciaria se comenta también que hay recursos disponibles después de descontar subsidios por identificar, de \$166.440.634,57. En cambio, indica, no están claros los recursos que se requieren para terminar las obras, por lo cual reitera al Constructor

sobre la necesidad de contar con un cronograma de terminación del proyecto para discutirlo entre todos los participantes del Comité.

En la reunión que se comenta, se trata además el tema de **Aprobación de desembolsos**. La Interventoría indica que, en adelante, para autorizarlos debe acompañarse con las solicitudes un cronograma de actividades que garantice el cumplimiento de lo acordado y que el proyecto se culmine en su totalidad.¹²¹

5.19 Acta 46 de 24 de Enero de 2003.¹²²

El informe presentado por la Fiduciaria en esta oportunidad se concreta al estado del proyecto con relación al aviso del siniestro que se notificó a las Aseguradoras por parte de la Fiduciaria, con base en el informe de la Interventoría. Por lo tanto solicita a la Interventoría y al Constructor que presenten sus argumentos para definir si hay o no incumplimiento. Se deja claro que no es la Fiduciaria la que debe decidir sobre esta situación porque ella es solo la vocera del patrimonio autónomo donde se administran unos recursos y además existe un órgano encargado de supervisar y evaluar la parte técnica, que es la Interventoría. La Interventoría ratifica el incumplimiento en que ha incurrido el Constructor, con base en las obligaciones contraídas en el contrato fiduciario.¹²³

Advierte el Tribunal que en la presente acta no se especifica el tipo de incumplimiento del que se acusa el Constructor, pero dicho asunto se concreta en el informe de rendición de cuentas correspondiente al mes de Agosto de 2005¹²⁴ en el que se hace alusión a la presentación de la reclamación a las Aseguradoras Agrícola y del Estado, mediante oficios de Septiembre 23 de 2002 y Diciembre 23 del mismo año, por concepto de Obras faltantes en equipamiento y escrituración de acuerdo a lo informado por la Interventoría del proyecto.

¹²¹ Folio 229 del cuaderno de pruebas No 1

¹²² Folio 7 del Cuaderno de pruebas No 4

¹²³ Folio 8 Cuaderno de pruebas No 4

¹²⁴ Punto 4 del informe de Gestión de Agosto de 2005. Folio 321. Cuaderno de pruebas No 3

6. Informes de la Fiduciaria.

6.1. Rendición Comprobada de Cuentas de Enero de 2001 a Febrero de 2003.¹²⁵

El Tribunal se ocupó de revisar los documentos que incorporan las Rendiciones de Cuentas presentadas por la Fiduciaria desde el mes de Enero del 2001 hasta febrero del 2003. En ninguna de ella se encontraron manifestaciones sobre los riesgos que atravesaba el fideicomiso, ni sobre advertencias del Interventor o del Constructor, sobre incumplimiento de alguna de las partes. El contenido de tales documentos se limita a tratar aspectos contables y a la presentación de distintas partidas, conforme a lo indicado en los índices de cada uno de estos documentos y se hacen manifestaciones expresas de que se incorpora en dichas actas, la evaluación sobre el desarrollo del Proyecto.

6.2. Rendición Comprobada de Cuentas de Marzo de 2003¹²⁶.

En el correspondiente informe se encuentra una manifestación en el aparte 2.2 relacionado con la gestión operativa, en el que se hace mención al desarrollo operativo y administrativo del proyecto, en el que se indica que durante el primer trimestre del año éste ha sido **totalmente normal**. Se hace una evaluación de distintos tópicos, particularmente de como cumplieron sus funciones los distintos órganos del fideicomiso.

6.3. Rendición Comprobada de Cuentas de Mayo de 2003.¹²⁷

En el presente Informe, se indica que faltan por construir tres canchas deportivas, porque hay viviendas que no se ubicaron en el plano urbanístico. A folio 34 se informa que no se celebraron comités fiduciarios, porque no fueron solicitados ni por el Interventor ni por el Constructor. En el numeral 2.2 del capítulo de la gestión operativa se indica que durante el primer semestre del año 2003, **el desarrollo operativo y administrativo fue**

¹²⁵ Folio 504 y ss. del cuaderno de pruebas No 2

¹²⁶ Folio 2 del cuaderno de pruebas No 3

¹²⁷ Folio 35 del cuaderno de pruebas No 3

completamente normal y que todas las actividades desarrolladas en cumplimiento del acto constitutivo se cumplieron a satisfacción por las partes. Se agrega que todas las entidades involucradas en el proceso adelantaron las actividades necesarias para culminar el proyecto, y que el Fideicomitente entregó los recursos necesarios para el cumplimiento del objeto y para la finalidad del acto constitutivo.

El informe de la Interventoría que se acompaña a dicha acta, no hace mención de ningún tipo de inconveniente que se observara en el Proyecto.

6.4. Informe de Gestión de Julio de 2003 y siguientes.

En las rendiciones de cuentas correspondientes a los meses de Julio del 2003 , Agosto del 2003, Septiembre de 2003 y Octubre y Noviembre de 2003 se indica que no se realizaron comités fiduciarios por cuanto ni la Interventoría ni el Constructor lo solicitaron, a pesar de que el contrato del Fiducia decía que debía hacerse por lo menos uno mensual¹²⁸.

Tampoco se realizaron Comités Fiduciarios, por las mismas razones allí expuestas, en enero Febrero, Marzo, Abril, Mayo, Julio, Agosto, Septiembre y Octubre del 2004. Se dejaron de hacer igualmente estas reuniones en los meses de Enero, Febrero, Marzo, Abril, Mayo, Julio, Septiembre, Octubre y Noviembre, de 2005.

A folio 186 se indica que con oficios 203-01754 y 203-01984 de Junio 15 y Julio 15 de 2004, se solicitó a la Sociedad de Ingenieros del Quindío que entregara informes para conocer los aspectos técnicos relacionados con la terminación y ejecución del proyecto, sin que a la fecha del informe que se analiza, que es de Julio 28 de 2004 se hubiese obtenido respuesta.

¹²⁸ Folios 88, 97, 106, respectivamente. Cuaderno de pruebas No 3

Se comunicaba en la última parte del informe, que el proyecto se encontraba en la etapa de liquidación, para lo cual era necesario culminar las actividades pendientes para finiquitar el proyecto¹²⁹

6.5. Informe de Gestión de Agosto de 2005.¹³⁰

Dentro del informe de actividades desarrolladas se presentaron varias manifestaciones de importancia, tales como la reclamación a las Aseguradoras Agrícola y del Estado, mediante oficios de Septiembre 23 de 2002 y Diciembre 23 del mismo año, respectivamente, por concepto de obras faltantes en equipamiento y escrituración, de acuerdo con lo informado por la Interventoría del proyecto. Se indicó, y así consta en el acta, que se celebraron reuniones con las aseguradoras para revisar las condiciones técnicas y jurídicas de la reclamación.

Igualmente se dejó constancia sobre el requerimiento que la Fiduciaria hizo al Constructor, para que cubriera el déficit financiero que presentaba el fideicomiso, aviso que se dio mediante oficio ARM3283 de 22 de Agosto de 2003. También se informó que la Fiduciaria había dispuesto un equipo de personas para apoyar en la escrituración de las viviendas.

En este punto advierte el Tribunal que solamente en este **informe se vuelve a hacer referencia a informes del Interventor, y por primera vez, se hace alusión a reclamaciones formuladas ante las aseguradoras y al déficit financiero que presentaba el Constructor**¹³¹

6.6. Informe de gestión de Diciembre de 2005.¹³²

¹²⁹ Folio 186. Cuaderno de pruebas No 3

¹³⁰ Folio 321. Cuaderno de pruebas No 3

¹³¹ Folio 323 Cuaderno de pruebas No 3

¹³² Folio 353 Cuaderno de pruebas No 3

En esta oportunidad se informa que el desarrollo operativo y administrativo del negocio fiduciario había sido totalmente normal. De otro lado se anunció que el FOREC se había liquidado, pero para advertir que todas las partes cumplieron con sus actividades¹³³. **Indicó también que el Comité Fiduciario no se había reunido durante el período informado, porque no lo solicitaron ni el Interventor, ni el Constructor y la Fiduciaria no considero necesario citarlo**¹³⁴.

Se indicó en el mencionado informe, que el proyecto estaba suspendido por déficit financiero, para lo cual se necesita culminar las actividades exigidas por la Interventoría y las citadas por el Comité Fiduciario, especialmente en lo que se refiere a la titulación y transferencia de las unidades inmobiliarias a los beneficiarios.

CAPÍTULO SEXTO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LA CONDUCTA DE LA FIDUCIARIA.

1. La calidad profesional que ostentan las partes.

Antes de entrar en el estudio de la naturaleza de las obligaciones de quienes actuaron en el presente negocio jurídico, en particular las de la Sociedad Fiduciaria y las del propio Constructor, el Tribunal pone de presente que este caso se origina en un Contrato de Fiducia Mercantil, regulado en el Código de Comercio¹³⁵ y como tal de carácter nominado, oneroso por disposición del mismo estatuto¹³⁶, convención que debe sujetarse, como mínimo, a las reglas establecidas en la ley respecto de las obligaciones y derechos de las partes, todo lo cual puede ser ampliado y desarrollado según sea su voluntad, dependiendo de la finalidad que se pretenda conseguir. Derivado de esta premisa el Código Civil

¹³³ Folio 363 Cuaderno de pruebas No 3

¹³⁴ Folio 367 Cuaderno de pruebas No 3

¹³⁵ Artículos 1226 y ss. del Código de Comercio

¹³⁶ Artículo 1237 del Código de Comercio

establece en el artículo 1602 que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, con lo cual se le otorga fuerza vinculante a la convención y es precisamente ese marco normativo, *“el principio rector de su interpretación”*¹³⁷

Empero, como bien se estableció en otro de los apartes de esta providencia, el FOREC reglamentó mediante disposiciones de índole general, todas ellas de carácter obligatorio y con presunción de legalidad, la manera como debían desarrollarse los proyectos inmobiliarios que sirvieron de solución a la zona en conflicto; en especial reguló lo concerniente a las obligaciones de los Interventores, de las Sociedades Fiduciarias y de las empresas Constructoras, las actividades y composición de los Comités Fiduciarios, los derechos de los beneficiarios de los subsidios, el trámite que se debía seguir para obtener el giro de los citados subsidios a las cuentas de los patrimonios autónomos de los fideicomisos constituidos por los Constructores que participaron en proyectos denominados *“Vitrinas Inmobiliarias”*, así como la oportunidad para entregar los recursos a los Constructores, a más de, entre otros, un reconocimiento de un porcentaje que entregaría el FOREC a los Constructores para compensarles costos financieros, cuando no se les girara dentro del plazo establecido.

De otro lado, el FOREC mantuvo una actividad normativa y de control sobre los recursos que se consiguieron para soportar las consecuencias del desastre telúrico, que incluía la función de *“ordenador del gasto”*, lo que implicaba la orden del giro de los subsidios a cada patrimonio autónomo, luego de efectuar una serie de verificaciones a las *“cartas subsidio”* que previamente había otorgado a los afectados por el terremoto. Aprecia el Tribunal que en la literalidad de las disposiciones del Fondo, los giros de los subsidios se han debido ordenar de forma automática, con la sola solicitud de la Fiduciaria a la que le antecedía la autorización del Comité Fiduciario, pero en la práctica esto no ocurrió así, por las distintas situaciones e inconvenientes que se relacionan en actas del Consejo Directivo del FOREC que se referencian en esta Providencia y que no son imputables a la Fiduciaria.

¹³⁷ Laudo Aura Cristina Geithner contra Sonolux. de 13 junio 2001

En consecuencia, es evidente que el FOREC implantó los lineamientos que debían enmarcar los contratos que en cada caso particular se celebraban con los Constructores, los cuales debían constituirse como de Fiducia Mercantil Inmobiliaria, a cuyo patrimonio autónomo se transferían una serie de bienes especificados en cada contrato, en especial los subsidios que en su oportunidad endosaran los beneficiarios al Constructor. Por lo anterior, considera el Tribunal que en este caso en particular, la voluntad de las partes quedó supeditada a las reglas que este organismo dictó, por lo cual, al analizar la relación comercial, se deberá tener en cuenta este antecedente, dado que las partes se encontraban sujetas a las reglas del contrato, que en todo caso respetaron las dictadas por el FOREC, lo que convierte este negocio jurídico en un caso con especiales peculiaridades que han de tomarse en cuenta para juzgar la conducta de los intervinientes.

Corresponde ahora reconocer que respecto de las Sociedades Fiduciarias, resulta esencial mencionar su condición de profesionales en el desarrollo de su actividad o ejercicio de sus funciones. Esta condición es aceptada unánimemente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y tiene consecuencias en cuanto a su comportamiento y su responsabilidad. La jurisprudencia arbitral ha definido las características para que una persona sea considerada un profesional:

“...en primer lugar, el profesional ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y a título oneroso; de otra parte, debe contar con una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un “dominio profesional” basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás (...)”¹³⁸

¹³⁸ Laudo Beneficencia de Cundinamarca Vs. Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central, 31 de julio de 2000.

El hecho de ser considerados profesionales en el mercado, le impone a las sociedades fiduciarias unas cargas particulares, que les exige un comportamiento especial y las obligaciones genéricas de información, lealtad, eficacia y prudencia que se han recogido en las circulares de la Superintendencia Financiera de Colombia¹³⁹ con el objeto de proteger la confianza, elemento de la esencia de este instrumento negocial.

Por su lado, la propia Corte Suprema de Justicia en Providencia del 1º de Julio de 2009 expresó sobre el particular: El "buen profesional" será el hombre de empresa o el experto medio a quien se le aplicará una *"especial regla de diligencia, definida por lo que se conoce con el nombre de "lex artis" que es el conjunto de saberes o técnicas especiales de la profesión..."* y complementa su razonamiento expresando que, *"(...) El rigor con el que se debe examinar la conducta de un **deudor profesional**, es superior a aquel que se emplea usualmente para evaluar el comportamiento de un **deudor común**"*, criterio que comparte y acoge el Tribunal, no obstante que no puede pasarse por alto que lo anotado también compete al Fideicomitente Constructor, quien igualmente actuó como un profesional en su materia y, fue por sus especiales conocimientos que fue escogido por el FOREC para desarrollar un proyecto inmobiliario que, por las particulares condiciones que lo antecedieron, lo comprometía, igualmente, a poner su mejor esfuerzo en el cumplimiento de la finalidad que requería el Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero.

De allí que el principio de **lealtad** tiene una aplicación principalísima en este caso en particular, pero predicado para ambas partes, la Fiduciaria en primer lugar, pero complementado con el que corresponde al Fideicomitente Constructor, en la medida en que a uno y otro *"(...) les corresponde actuar con la real intención de asegurar el cumplimiento de la prestación, para que se logre conseguir la finalidad económica, jurídica y social perseguida con la celebración del acto"*, en la medida en que *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente obligan no solamente a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación,*

¹³⁹ Circular Básica Jurídica, actualizada mediante la Circular 046 de 2008

o que por la ley pertenecen a ella” Esto significa que “el acreedor no debe simplemente ejecutar de manera escrupulosa sus propias obligaciones; debe cuanto menos no haber provocado la inejecución del contrato por el deudor y además haberle facilitado su cumplimiento.”¹⁴⁰ (El subrayado no es del texto).

Reitera el Tribunal que los contratos son ley para las partes y, que las obligaciones del uno corresponden normalmente a derechos del otro, todo ello enmarcado bajo la comprensión del tratadista Javier Tamayo Jaramillo según la cual “Para las partes que celebren un contrato existe una obligación de lealtad que para la otra no solo está en la formación del contrato, sino también en su ejecución, así en algunos ordenamientos jurídicos no lo establezca la Ley en forma expresa¹⁴¹”.

Ahora bien, conforme expresó ya el Tribunal, las reglas adoptadas por el FOREC dispusieron que varios de los deberes que normalmente se atribuyen al Fiduciario en el corriente de los negocios fiduciarios, se le asignaran en este caso concreto a otros actores, como por ejemplo al Comité Fiduciario y, en forma concreta al Interventor, precisiones que se efectuaron a lo largo de esta Providencia, después de analizar a cargo de quien se situaron los riesgos del negocio y, por tanto, las responsabilidades correspondientes.

2. Deber de conducta de la Fiduciaria.

A continuación se pronuncia el Tribunal sobre cuatro aspectos relacionados con la conducta de la Fiduciaria en la ejecución del Fideicomiso, atinentes a la realización de los actos para el cumplimiento de la finalidad del mismo y al giro de los recursos, sobre los cuales la Convocante pretende establecer la responsabilidad de la Fiduciaria de indemnizar perjuicios:

¹⁴⁰ Tomado del Laudo: Terpel de la Sabana v/s Tethys Petroleum y otras

¹⁴¹ TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, Tomo I pág. 557

- i. Presunta negligencia de la Fiduciaria en la gestión del giro de los subsidios del FOREC al Fideicomiso.
- ii. Presunta negligencia de la Fiduciaria en el giro de los recursos del Fideicomiso a la Convocante en las oportunidades y cantidades previstas.
- iii. Presunta negligencia de la Fiduciaria al no impartir instrucciones o recomendaciones a la Convocante, tendientes a modificar las proyecciones del flujo de caja y el cronograma de obra iniciales, para evitar que se generaran perjuicios económicos.
- iv. Presunta negligencia de la Fiduciaria en el proceso de escrituración y entrega de las unidades de vivienda objeto del desarrollo inmobiliario.

La Convocada expresó, desde la contestación de la demanda, que las pretensiones de la Convocante se basan en un entendimiento del Contrato de Fiducia que difiere de su texto y de lo que en realidad fue su ejecución.

Por el contenido de la cuestión, el análisis de responsabilidad se hará sobre la base de la teoría de la responsabilidad en materia contractual, esto es con base en las disposiciones de la ley relativas a la inexecución de las convenciones.¹⁴²

En el ámbito de los contratos la responsabilidad es subjetiva, pues parte de la evaluación de la conducta del deudor, sin que medie una presunción de culpa.

En materia probatoria hay que distinguir si se trata de una obligación de medio o de resultado. Aún cuando la posición no es unánime, especialmente en la doctrina, la jurisprudencia ha manifestado que *“en materia contractual, cuando se trata de obligaciones de resultado, la noción de culpa es, si se quiere, menos importante que en el*

¹⁴² Art. 1602 y ss. C.C.

terreno de la responsabilidad delictual, porque es suficiente comprobar el incumplimiento de la obligación, que el resultado no ha sido obtenido por parte del deudor, para por esa misma circunstancia connotar la existencia de la culpa contractual: faltar a sus compromisos no es la conducta de un hombre juicioso, diligente y avisado. En las obligaciones de medios (...) no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor, comprobar la existencia de una inejecución sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa, para lo cual debe compararse la conducta del deudor, con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual, colocado en la misma situación objetiva de aquél. Si el resultado de la comparación es desfavorable al deudor, surge entonces la responsabilidad.”¹⁴³

Quando se discute el incumplimiento de obligaciones de medio “*el demandante deberá probar el incumplimiento, pero en este caso, la prueba del incumplimiento es al mismo tiempo la prueba de la culpa. Lo usual es que incumplimiento de la obligación y culpa del deudor, sean fenómenos distintos y bien diferenciables. Pero en este supuesto de cumplimiento defectuoso en la prestación de servicios profesionales, se identifican necesariamente esos dos elementos, de manera que demostrando el uno queda establecido el otro; incumplimiento y culpa es un mismo elemento o, en otras palabras, aquel y ésta se confunden en el comportamiento del deudor, pues, dado el contenido de estas prestaciones, la ejecución defectuosa lleva en sí misma el error de conducta. Así las cosas, “si el acreedor demandante debe demostrar el incumplimiento -pues esta prueba es posible de aportar, es elemento esencial de la pretensión del actor y ninguna disposición lo releva de esta carga probatoria- con ello demostrará invariablemente la culpa, de manera que en este evento ya no puede funcionar, por superflua, la presunción de culpa en contra del deudor.”¹⁴⁴*

¹⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de mayo de 1938, EN: SUESCÚN MELO, Jorge, “*Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*”, Tomo I, Segunda Edición, Legis, Bogotá, 2003, p. 361.

¹⁴⁴ Jorge Suescún Melo. Derecho Privado. T. I. Trabajo N° 9. Pág. 536 y ss.,

Por otra parte, en cuanto a los medios de exoneración, frente a una obligación de resultado, el deudor sólo le es dable probar la causa extraña, esto es, la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima, mientras que en materia de obligaciones de medio, el deudor puede defenderse demostrando su debida prudencia y diligencia, o probando los mecanismos de exoneración de artículo 1604 del Código Civil¹⁴⁵.

Es sabido que el contrato obliga no sólo a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella.¹⁴⁶ Para la determinación de las obligaciones de la Fiduciaria bajo este precepto se acude a la noción de buena fe objetiva, la cual sirve como elemento integrador del Contrato. Pero este principio, que impone como patrón de conducta el “buen profesional”, por encima del correspondiente al “buen padre de familia” –pues la Fiduciaria es un profesional¹⁴⁷–, no puede ser interpretado en forma excesiva o desmedida, sin consideración de lo establecido en el contrato. En cada caso, *“el juez debe analizar el contrato para establecer a qué se obligó expresamente el profesional y a qué lo obliga también la buena fe, de acuerdo con la naturaleza de los servicios estipulados, pero, igualmente, para fijarle límites a las obligaciones, y, a la responsabilidad que el profesional ha podido pactar lícitamente (...) De otra parte, ha de señalarse que el contrato juega un papel preponderante en la actividad del profesional, sobre todo si se trata de una empresa, pues es un instrumento de previsión, un medio de actuación en el tiempo y una técnica de gestión de riesgos, lo que le imprime al contrato un aspecto dinámico, que se ve reforzado por generar, especialmente, obligaciones de hacer, de manera que lo que importa primordialmente al acreedor es la actividad que va a desplegar el profesional, la diligencia con que va a actuar, los medios que va a emplear tanto técnicos, corporales, intelectuales, como síquicos. Por ello se dice*

¹⁴⁵ Suescún Melo, Jorge, Op. Cit., p. 406.

¹⁴⁶ Art. 1603 C.C. y 871 C.Co.

¹⁴⁷ La jurisprudencia y la doctrina consideran que los criterios decisivos para determinar si se está ante un profesional son tres, a saber: En primer lugar, ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y normalmente a título oneroso; de otra parte, debe contar con una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un “dominio profesional” basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás.

que toda la lógica de la empresa profesional reposa en el contrato.”¹⁴⁸ En efecto, los contratos son medios para la distribución de riesgos y responsabilidades y en la contratación pública, como en la privada, cada parte mantiene los suyos.

Sobre las instrucciones contenidas en el Contrato y la forma de distribuir los riesgos ya nos referimos en sección anterior. Ahora nos referiremos a la forma de su ejecución.

2.1 Gestionar ante el FOREC y FOCAFE II la emisión de cartas de subsidio.

El Contrato de Fiducia establece la obligación genérica de la Fiduciaria de “*gestionar ante el FOREC y FOCAFE II, la emisión de las cartas de subsidio y/o el giro de los dineros al patrimonio autónomo respectivamente*”.

Considera el Tribunal que dicha “gestión” incluía una serie de actividades conexas, unas de ellas de trámite, como sería la solicitud para que las denominadas cartas de subsidio fueran expedidas, la recepción de la solicitud del Fideicomitente Constructor para que se hiciera el trámite ante el FOREC para obtener los recursos que debían transferirse al Fideicomiso derivados de dichos subsidios, en los porcentajes que para cada tipo establecían las disposiciones emanadas del FOREC y, otras de carácter contable, frente a la necesidad de registrar dichas cartas en los estados financieros del fideicomiso, para reflejar su realidad económica.

Una de las divergencias que se suscitaron entre las partes respecto de este particular asunto se motiva en la presunta falta de gestión de la Fiduciaria ante el FOREC para solicitar oportunamente el desembolso de los recursos anotados, para trasladarlos posteriormente al Fideicomiso Ciudadela Las Colinas 2011 y ser aplicados al proyecto. La demanda sustenta este aserto en que “...sólo hasta el 6 de diciembre de 2000, es decir un (1) mes después de la firma de EL CONTRATO, LA PREVISORA en reunión de Comité Fiduciario, informó

¹⁴⁸ Laudo Arbitral de Inurbe vs. Fiduagraria

que el FOREC había ordenado el giro con cargo al Fideicomiso de únicamente 672 subsidios.” No se requiere mayor análisis para advertir que era al FOREC al que le correspondía la autorización de los giros por concepto de subsidios aprobados a adquirentes de unidades inmobiliarias, razón por la cual la autorización de una menor cantidad a la solicitada no le competía a la Fiduciaria y, tal determinación no puede calificarse como acto negligente de su parte. El Tribunal revisó otras pruebas que hacen parte del expediente en las que, por el contrario, se evidencian acciones concretas de la Convocada en orden a que el Fideicomitente Constructor cumpliera con las obligaciones relacionadas con la información que debía suministrar para que el producto de los subsidios se le entregara oportunamente por parte del FOREC.¹⁴⁹

Está probado en el proceso que la Fiduciaria gestionó ante el FOREC y otras entidades el giro de los recursos correspondientes a los subsidios aportados por el Fideicomitente Constructor al fideicomiso. El dictamen pericial da cuenta de las fechas en que la Fiduciaria se dirigió al FOREC y a las ONG's solicitando el desembolso de tales recursos. Por el contrario, no obra en el expediente prueba de que la Fiduciaria haya incumplido el Contrato en el proceso de gestión de los desembolsos de los recursos de los subsidios al patrimonio autónomo, conforme a lo establecido en el mismo contrato de fiducia y en las reglamentaciones del FOREC contenidas especialmente en las Circulares 96 y 105 del 2 de mayo y el 15 de junio de 2000, respectivamente.

El testigo Álvaro Barreto Lugo, quien se desempeñó como Director de la oficina de la Fiduciaria en Armenia desde 1995 hasta mediados de 2003, manifestó en relación con el Contrato Colinas “(...) su ejecución fue normal desde el comienzo, recuerdo muy bien que antes de terminar el año 2000, ya al proyecto habían ingresado unas sumas bien importantes de dinero que su fuente eran los subsidios alrededor de \$ 4.000 millones ya habían ingresado, hasta donde yo estuve que fue el año 2003 este proyecto se ejecutó muy bien (...)”. Lo anterior coincide con el dicho del ingeniero Uriel Orjuela Ospina,

¹⁴⁹ Testimonio de Edgar Fernando Nieto Sánchez, sobre la técnica contable aplicable a este tipo de fideicomisos y la forma como se procedió en Colinas II y en otros negocios fiduciarios de la misma naturaleza.

Interventor del Proyecto desde el inicio hasta el mes de marzo de 2001, quien en testimonio rendido en audiencia del 13 de noviembre de 2007, calificó el proyecto en esa fase como el “(...) *más exitoso de la reconstrucción de la ciudad*”. Dicha fase corresponde al período de formación del patrimonio autónomo, la acreditación de las condiciones de adjudicación de los subsidios para su desembolso, el pago del precio del lote y el desembolso del anticipo. De su lado, el ingeniero Gustavo Henao Rivera, coordinador de Interventoría de los proyectos de reconstrucción del eje cafetero, designado por la Sociedad de Ingenieros del Quindío, en declaración rendida ante el Tribunal el mismo día, expresó que el proyecto era financieramente viable, que era presentado por la misma Sociedad de Ingenieros como el más organizado, que fue bien ejecutado en un 90% - 95% y que sólo a partir de ese momento comenzó a escasear el dinero, a presentarse en Colinas II (no en Colinas I) incumplimientos, que llevaron a presentar una reclamación ante la compañía de seguros (Seguros del Estado S.A.). El Fideicomitente Constructor recibió los anticipos de dinero del Fideicomiso, anticipos que fueron ejecutados por él sin control por parte del Interventor, lo cual le dio discrecionalidad en la ejecución del flujo de caja y le permitió hacer avances a los proveedores, según su criterio. De las pruebas allegadas al proceso se desprende que la forma como se ejecutó el fideicomiso fue aceptada por las Partes y por los órganos de supervisión y control tales, como la Interventoría y la Superintendencia Financiera de Colombia. Los reclamos del Fideicomitente Constructor a la Fiduciaria comenzaron cuando ya no había recursos en el fideicomiso.¹⁵⁰

2.2 Girar los dineros del FOREC al patrimonio autónomo.

En cuanto al giro de los recursos del FOREC a la Fiduciaria, como vocera del fideicomiso para el desarrollo del proyecto constructivo, se trata de una decisión en cabeza del Fondo, no de la Fiduciaria, al tenor de lo dispuesto en las Circulares antes citadas. La administración fiduciaria de los recursos del FOREC por la Fiduciaria bajo otro contrato (FOREC II), no le daba a ella autonomía o discrecionalidad para trasladar al Fideicomiso

¹⁵⁰ Declaración de Gustavo Henao Rivera, Diego Mejía Jiménez,

Colinas I los recursos de los subsidios endosados al Constructor. Por lo tanto, no cabe juicio de responsabilidad a la Fiduciaria por este hecho, puesto que pende de un tercero.

2.3 Girar los dineros del Fideicomiso al Fideicomitente Constructor.

Otra de las diferencias de que trata la Demanda se fundamenta en la cuantía que por concepto de anticipos aspiraba recibir el Fideicomitente Constructor para el Proyecto, posición que resulta disímil según la forma y la oportunidad en la que se contabilizara el contenido económico de las “cartas subsidio”, como bien lo ejemplifica la Convocante en la pregunta 19 incluida en el cuestionario formulado para el dictamen pericial financiero rendido el 10 de marzo del 2008 y aclarado el 25 de abril del mismo año.¹⁵¹

El Tribunal parte de la base que los “*subsidios endosados al Fideicomitente Constructor por parte de los beneficiarios designados por el FOREC*”,¹⁵² son parte de los bienes que conforman los activos del fideicomiso. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el acta 35 de octubre 27 de 1999 del Consejo Directivo del FOREC, para que dicho Organismo aprobara el desembolso de tales recursos, se debían cumplir una serie de requisitos previos¹⁵³, lo que significa que las correspondientes “*cartas de subsidio*” contenían un derecho sujeto a confirmaciones posteriores, por lo cual, y hasta tanto éste no tuviera la aprobación definitiva del emisor –el FOREC–, éstos se debían registrar contablemente en el Patrimonio Autónomo en cuentas de orden como “*derechos o responsabilidades contingentes*”, por tratarse de “*compromisos o contratos de los cuales se pueden derivar derechos*”¹⁵⁴ según lo ha dispuesto por la Superintendencia de Sociedades, en concepto que traemos a colación, por cuanto guarda similitud con el caso objeto de esta Providencia.

¹⁵¹ Pagina del alegato de conclusión de la convocante

¹⁵² Literal d) de la Cláusula Quinta del contrato Fiduciario

¹⁵³ Se estableció, que en todos los casos debía contarse con recursos, para que se aceptara el compromiso de giro

¹⁵⁴ Oficio 340-004645 del 1 de febrero de 2007 de la Superintendencia de Sociedades

En consecuencia, la contabilización del activo en las cuentas de balance se debe producir tan solo cuando se ha recaudado en efectivo.¹⁵⁵ El Tribunal aprecia que la forma de contabilización que siguió la Fiduciaria en relación con esta particular materia corresponde a reglas contables de general aceptación. Además, el Tribunal comparte la apreciación de la Perito en relación con el adecuado registro que hizo la Fiduciaria de los subsidios,¹⁵⁶ conforme lo estableció en el mencionado dictamen cuando indica “(...) *que el tratamiento contable a los subsidios a aportes no contravino no contravino las disposiciones contables citadas*” (Se refiere a la Resolución 3600 de 1993 y a la Circular Externa 059 de 2001 de la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera y a la Circular Externa 033 de 1996 y a la Carta Circular 110 de Septiembre 4 de 2003 de la misma Entidad, citadas en la respuesta a la pregunta 18 del dictamen).

De otra parte, como los contratos son ley para las partes y han de ser ejecutados de buena fe según lo establecen los artículos 1603 del C.C: y 871 del C de Co., y los contratantes se obligan “*no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad*”, el citado principio de la buena fe demanda la colaboración recíproca de las partes para cumplir adecuadamente la finalidad del contrato, según lo que las partes hayan definido en contratos de tipo conmutativo, principio que los tratadistas han acogido hasta el punto de considerar que “*las para las partes que celebren un contrato existe una obligación de lealtad que para la otra no solo está en la formación del contrato, sino también en su ejecución, así en algunos ordenamientos jurídicos no lo establezca la Ley en forma expresa.*”¹⁵⁷

Aprecia el Tribunal que sobre el aspecto contable de que trata este capítulo, ninguna de las partes que intervinieron en el desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil Inmobiliaria del 23 de Junio de 1999, vale decir, ni el Fideicomitente Constructor, ni el Interventor¹⁵⁸, como

¹⁵⁵ “Oficio 340-004645 de la Superintendencia de Sociedades ibídem

¹⁵⁶ Respuesta a la pregunta 19 de la convocante. Página 137 del dictamen.

¹⁵⁷ Javier Tamayo Jaramillo, TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, Tomo I pág. 557

¹⁵⁸ El Interventor tendrá como función en el control del proyecto inmobiliario “son de carácter técnico, administrativo y financiero.... La Interventoría financiera velará por la correcta ejecución del presupuesto de obra y los flujos de caja

tampoco el propio FOREC, formularon observaciones sobre la forma en que la Fiduciaria estaba procediendo para el registro de las “*cartas subsidio*” que el Constructor aportaba al fideicomiso, lo que interpreta el Tribunal como una aceptación a la forma como se ejecutó el contrato en tal materia, con las implicaciones que de ello se podían derivar, incluidos los aspectos de caja. Empero, se reitera, la Perito afirma en el dictamen Pericial al que se ha hecho referencia, que Fiduciaria La Previsora procedió de adecuadamente.¹⁵⁹

La Fiduciaria registró como activos fideicomitados los dineros efectivamente recibidos producto del desembolso de los subsidios por parte del FOREC, siguiendo los principios de contabilidad generalmente aceptados y las normas de contabilidad dictadas por la Superintendencia Financiera de Colombia. No se registró como activo fideicomitado la denominada carta cheque del subsidio endosada por el beneficiario al Constructor y por éste a la Fiduciaria, como vocera del fideicomiso, para integrar el patrimonio autónomo, como quiera que la materialización del aporte dinerario correlativo a la finalidad del fideicomiso estaba sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones, como la presentación de documentos a la unidad de gestión y estaba también expuesta a la contingencia de que los documentos presentados no estuvieran en orden, o que el subsidio ya hubiese sido desembolsado a la cuenta personal del beneficiario, o que el beneficiario se hubiere trasladado a otro proyecto. Este procedimiento contable, que se ve reflejado en las actas del Comité Fiduciario y en las rendiciones de cuentas, contó con la aceptación del Fideicomitente Constructor sin reparo. Sobre la validez del procedimiento, se refirieron tanto el testigo Edgar Fernando Nieto Sánchez en declaración rendida el 11 de diciembre de 2007 ante el Tribunal, como la perito Ana Matilde Cepeda, al responder la Pregunta No. 19, formulada por el apoderado de la Convocante. Desde el inicio del negocio fiduciario, la Fiduciaria sólo giró con aceptación del Fideicomitente Constructor, el porcentaje que era susceptible de ser girado conforme a las circulares del FOREC y de acuerdo con lo

esperados del proyecto” (Cláusula vigésima tercera del Contrato de Fiduciario Mercantil y del aparte 3.1.4 de la circular 134 de Noviembre 23 del 2000.

¹⁵⁹ A folio 11 del informe de gestión de la fiduciaria correspondiente a Marzo del 2003, hay una manifestación que se reitera en varios de los informes, incluido en el correspondiente a Marzo de 2003. En el aparte 2.2 sobre GESTION OPERATIVA, se informa que el desarrollo operativo y administrativo del proyecto durante el primer trimestre del año ha sido **totalmente normal**. Se hace además una evaluación de distintos tópicos, y sobre como los distintos entes cumplieron con sus obligaciones.

dispuesto en la Cláusula Décimo novena del Contrato de Fiducia, porcentaje que fue calculado sobre los subsidios efectivamente desembolsados al Fideicomiso. Así se aprecia en las Actas del Comité Fiduciario Nos. 3 del 6 de diciembre de 2000; 5, del 12 de enero de 2001; 6 del 23 de enero de 2001; 7 de febrero 5 de 2001; 9 del 26 de febrero de 2001 y 10 del 14 de marzo de 2001.

Ahora, en cuanto al giro de los recursos del fideicomiso para cubrir el valor del lote de las viviendas, los costos de construcción y la escrituración de las mismas, la decisión corresponde a un Comité Fiduciario como ordenador del gasto. Sobre la conformación del Comité Fiduciario ya nos referimos en otros apartes de esta Providencia. La aprobación del Comité Fiduciario es condición necesaria para el giro de los recursos al Constructor, sujeta a los porcentajes establecidos en las reglamentaciones del FOREC, al control de avance de obra por parte del Interventor, a la vigencia de las pólizas y, por supuesto, a la disponibilidad de recursos en el Fideicomiso. Porque cuando los recursos del fideicomiso no eran suficientes para pagar el acta de obra aprobada, procedían pagos parciales, como en efecto lo realizó la Fiduciaria y lo aceptó el Fideicomitente Constructor, ello con miras a no detener el flujo recursos al Constructor, como lo expresaron los testigos Gustavo Henao Rivera, John Carlos Pino Franco y, Álvaro Barreto Lugo.

De las pruebas del proceso se desprende que la Fiduciaria giró los recursos del Fideicomiso contra la aprobación del Comité Fiduciario, previa autorización del Interventor, que son los requisitos a la luz de los cuales debe evaluarse la conducta de La Fiduciaria.

2.4 Coordinar el flujo de caja del Proyecto.

Como Fideicomitente Constructor, la sociedad Convocante tenía a su cargo la realización de las labores de gerencia del proyecto inmobiliario, lo cual comprendía la elaboración del flujo de caja a ser sometido a aprobación del Interventor. El Parágrafo Cuarto de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato establece que *“el Comité Fiduciario aprobará las*

modificaciones al flujo de caja aprobado por el Interventor en la etapa de pre-obra de acuerdo con el ingreso de los recursos a que se hace referencia en el párrafo segundo de esta cláusula (...)”. El Contrato de Fiducia no le asigna la función de elaborar ni de ejecutar ni controlar el flujo de caja a la Fiduciaria. Para el Tribunal, el deber de información y colaboración propio de las Fiduciarias, no puede interpretarse en la forma excesiva que se plantea – impartir instrucciones la Fiduciaria al Fideicomitente-; no se puede llegar hasta el punto de trasladar los riesgos y la responsabilidad que le corresponden al Fideicomitente Constructor hacia la Fiduciaria, por cuanto cada contratante actúa dentro de la esfera jurídica que le es propia, asumiendo sus respectivas obligaciones, responsabilidades y riesgos. De la lectura de las actas del Comité Fiduciario se desprende claramente que las Partes del Contrato entendían y aceptaban que la carga de elaborar y actualizar el flujo de caja del proyecto inmobiliario era exclusiva del Fideicomitente Constructor.

2.5 Entregar y escriturar las Unidades inmobiliarias a los compradores.

En el proyecto que se analiza, le correspondía al Fideicomitente Constructor entregar físicamente, junto con el Interventor, las unidades privadas resultantes del proyecto inmobiliario y suscribir las escrituras públicas de compraventa a favor de los terceros compradores – beneficiarios de los subsidios. Al acto de escrituración comparecía la Fiduciaria para completar la tradición jurídica de las unidades inmobiliarias, dado que el lote sobre el cual fueron levantadas estaba en cabeza de la Fiduciaria, como vocero del fideicomiso. La oportunidad de escrituración de las unidades inmobiliarias era aprobada por el Comité Fiduciario, con el visto bueno del Interventor. No obra en el expediente prueba de que la Fiduciaria haya incumplido su obligación de concurrir al acto de escrituración, ni que se hubieran dado las condiciones antes señaladas. Por el contrario, en las actas del Comité Fiduciario y en las declaraciones de los testigos se establece que esta fase del fideicomiso fue en extremo compleja, por la movilización de los beneficiarios y por la dificultad para localizarlos, así como por la reticencia para recibir los inmuebles –requisito

necesario para la escrituración- y también por la ausencia de recursos en el Fideicomiso para cubrir los gastos notariales, siendo del Fideicomitente Constructor la obligación de aportar los recursos necesarios para el efecto.

2.6 Otras consideraciones.

Del acervo probatorio allegado al expediente, el Tribunal encuentra que, no obstante lo dicho en este capítulo del Laudo, La Fiduciaria incurrió en algunas omisiones que si bien no tuvieron relevancia para efectos del fallo, no pueden pasar inadvertidas aunque tendrían justificación en las difíciles circunstancias sociales y económicas que rodearon la zona del desastre donde se ejecutó el contrato objeto del presente trámite arbitral, circunstancias que no fueron ajenas al propio FOREC, tal como se aceptó en una sesión del Consejo Directivo de este órgano.

2.7 Ajuste Financiero.

La parte convocante pretende en la demanda que se declare a la Fiduciaria civilmente responsable por los perjuicios causados por no haber reconocido y pagado el ajuste financiero del 1,2% mensual sobre el monto de los subsidios endosados al Fideicomiso, que no le fueron desembolsados de acuerdo con el cronograma presentado.

La cláusula trigésima octava del Contrato establece:

“Ajuste Financiero. En cumplimiento de lo dispuesto en la Circular D.E.F. 096 emitida por el FOREC, se reconocerá como ajuste financiero al FIDEICOMITENTE, un interés del 1,2% mensual sobre el monto de los subsidios endosados al proyecto, en el evento en que no hayan sido desembolsados al FIDEICOMITENTE de acuerdo con el cronograma presentado por aquel. Tal interés se causa a partir del quinceavo día en que se radique la cuenta de cobro presentada por el FIDEICOMITENTE, debidamente sustentada y aprobada por el Interventor y el Comité Fiduciario.”

A la pretensión sexta de condena la parte convocada se ha opuesto, proponiendo la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, al considerar que el reconocimiento de costos financieros o de intereses por retrasos en los desembolsos corresponde a una relación jurídica entre el FOREC y el Fideicomitente Constructor, derivada fundamentalmente de lo decidido por el FOREC (Acta 49) y por su Director (Circulares 96 y 134), por lo cual dicha pretensión ha debido dirigirse contra el FOREC y no contra la Fiduciaria.

El Acta No. 49 del Consejo Directivo del FOREC da cuenta del origen de la fórmula de ajuste financiero a los Constructores partícipes en la Vitrina Inmobiliaria por la mora en el giro de los recursos debidos por avance de obra. El Doctor Diego Fernández, Asesor del DNP presentó en esa sesión al Consejo Directivo la condición propuesta por los Constructores interesados en participar en la Vitrina Inmobiliaria de tener certeza sobre el flujo de recursos del FOREC para la realización de las obras, mediante su transferencia íntegra al patrimonio autónomo que se formara para cada proyecto, tan pronto la Gerencia Zonal autorizara el inicio de las obras por haberse alcanzado el punto de equilibrio y suscrito las pólizas de seguro respectivas. El Consejo Directivo del FOREC encontró válida la preocupación de los Constructores, pero imposible de implementar la fórmula planteada por restricciones fiscales y de caja de la Tesorería General de la República. En lugar de ello, resolvió *“establecer un compromiso del FOREC de reconocimiento de algún costo financiero (entre el 1% y el 1,2% por mes) a los Constructores sobre los desembolsos debidamente sustentados que no sean realizados por la Fiduciaria como consecuencia de la no disponibilidad de los recursos en el patrimonio autónomo.”* De esta forma, consideró el Comité, *“en el evento que la Fiduciaria no gire (por no tener recursos para poder realizar el giro) el Constructor podrá acudir a la banca comercial y obtener los recursos requeridos sin que ello le signifique un costo sin reconocimiento alguno, lo cual podría hacer el proyecto inviable financieramente, dado los bajísimos márgenes con que trabajarán los Constructores en este programa.”* Dicho eso, el Comité adoptó las medidas presupuestales: *“Para atender ese costo contingente, el FOREC reservará hasta \$ 3.000*

millones de lo actualmente presupuestado para el sector Vivienda. El Consejo Directivo aprobó esta determinación aplicable a los proyectos piloto del FOREC y a las vitrinas inmobiliarias de Armenia y Pereira.”

Esta decisión del Consejo Directivo fue recogida por el Director Ejecutivo del FOREC en la Circular D.E.F 096 del 2 de mayo de 2002, al regular el procedimiento de pagos al Constructor de los subsidios endosados por los beneficiarios. Establece dicha Circular que se reconocerá como ajuste financiero el 1,2% mensual sobre el monto de los desembolsos no entregados por la Fiduciaria al Constructor, por mes o fracción, después de quince (15) días calendario de recibida la solicitud de desembolso debidamente sustentada y aprobada por el Interventor y el Comité Fiduciario. El reconocimiento se hace con cargo a los recursos asignados por el Consejo Directivo del FOREC para el efecto.

En el mismo sentido, la Circular No. 134 del 23 de noviembre de 2000 del Director Ejecutivo del FOREC establece en relación con el procedimiento de giros al Constructor de los proyectos declarados elegibles en las Vitrinas Inmobiliarias, el reconocimiento del ajuste financiero del 1,2% mensual, con cargo a los recursos del FOREC, *“si pasados 15 días calendario, después de recibida la solicitud de desembolso, debidamente diligenciada; la Fiduciaria no realiza el pago como consecuencia de la no disponibilidad de los recursos en el Patrimonio Autónomo (Acta 49 de Marzo 22 del 2000 Consejo Directivo)”*.

Para el Tribunal, entonces, a la luz de las normas citadas que forman parte del cuerpo normativo del Contrato, la persona obligada a favor del Constructor al pago del ajuste financiero por el retardo en el desembolso de los subsidios contra las solicitudes presentadas en debida forma es el FOREC y no la Fiduciaria. El derecho correlativo del Constructor emana del vínculo jurídico trabado entre el Constructor y el FOREC en el marco de la Vitrina Inmobiliaria de Armenia, gestionada por la Cámara de Comercio de Armenia, por delegación del Consejo Directivo del FOREC.

El ajuste financiero es una fórmula indemnizatoria por la mora en el desembolso de los subsidios por causa de la falta de recursos en el Patrimonio Autónomo. Siendo que la Fiduciaria no es la obligada a pagar con sus propios recursos el valor de las solicitudes de desembolso ya legalizadas y la mora no es imputable a ella, mal podría interpretarse el Contrato en el sentido de que es la Fiduciaria la obligada al pago de lo accesorio, esto es, del ajuste financiero.

El obligado al pago del ajuste financiero es el responsable por el pago del subsidio endosado al fideicomiso, el FOREC, con cargo a los recursos apropiados por el Consejo Directivo para tal fin, conforme obra en el Acta No. 49. El evento determinante del ajuste financiero es la mora en el pago de las órdenes de desembolso que cumplen los requisitos establecidos en el Contrato y en los reglamentos del FOREC, por ausencia de recursos en el Patrimonio Autónomo. No siendo la Fiduciaria la ordenadora del gasto, ni quien tiene la autonomía para apropiar los recursos, mal puede achacársele la responsabilidad de pagar con su propio peculio el ajuste financiero a que el Constructor podría tener derecho. Distinto sería el caso de que ordenado el pago por el Comité Fiduciario y habiendo recursos en el Fideicomiso, la Fiduciaria no hubiere efectuado el pago por negligencia o culpa suya. Pero eso ni es lo que se discute, ni lo que está probado en el proceso.

Por todo lo anterior, el Tribunal declarará próspera la excepción de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva respecto de la pretensión sexta propuesta por la parte Convocada.

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL DAÑO O PERJUICIO DE LA CONVOCANTE

En este proceso la Parte Convocante pretende que se le indemnicen los perjuicios patrimoniales y morales presuntamente causados por la Fiduciaria como consecuencia del incumplimiento del Contrato, los cuales estarían representados en (i) el valor de la utilidad esperada y no devengada en el desarrollo del proyecto; (ii) el valor de la utilidad esperada y

no devengada sobre las unidades que la Convocante no ha podido escriturar; (iii) el valor del crédito por capital e intereses que la Convocante contrajo con el Banco de Bogotá para financiar la ejecución del proyecto; (iv) el valor de los honorarios de abogados derivados de la cobranza realizada por el Banco de Bogotá; (v) el valor del ajuste financiero del 1,2% mensual sobre el valor no pagado por el fideicomiso conforme al cronograma de avances de obra; (vi) el valor de los perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante derivados del incumplimiento.

Para que el daño sea indemnizable debe cumplir cabalmente con las condiciones de ser cierto, directo y personal del demandante. Sin una cualquiera de ellas, un perjuicio no es tal en términos jurídicos.

Declarándose como lo declarará el Tribunal que no hubo incumplimiento por parte de la Fiduciaria de las obligaciones a su cargo derivadas del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria, falta uno de los elementos esenciales de la responsabilidad contractual, por lo cual los eventuales daños o pérdidas que hubiere sufrido la Convocante en desarrollo del proyecto inmobiliario, no le son imputables a la Fiduciaria y por ende no le correspondería a ella indemnizarlos.

Pero adicionalmente, no obra en el proceso prueba de la existencia y cuantía de las presuntas pérdidas: la perito Ana Matilde Cepeda en el dictamen pericial y en el escrito de aclaraciones y complementaciones al mismo, manifestó que por ausencia de elementos documentales y contables necesarios para la constatación, no se puede establecer (i) el eventual desfase en el flujo de caja su impacto; (ii) los gastos y costos imputables al proyecto Colinas I, específicamente; (iii) los mayores gastos y costos financieros, fiscales, administrativos, de obra civil o de escrituración en los que haya podido incurrir la Convocante.

Lo anterior hace que el daño no sea personal ni cierto, por lo que resulta imposible cualquier referencia específica al elemento nexo causal.

En estas circunstancias, puesto que no se configura responsabilidad jurídica alguna que sea imputable a la Convocada, habrá lugar a su absolución, tal como se dispondrá en la parte resolutive de este Laudo. En cuanto a las excepciones formuladas en la contestación de la demanda, excepto aquella identificada con el numeral 8, por no haber prosperado las pretensiones no resulta necesario un pronunciamiento del Tribunal sobre las mismas. Sobre el particular ha expresado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en Sentencia de Junio 11, 2001:

“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido ‘y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen.’”¹⁶⁰

¹⁶⁰ Sentencia no publicada aún en la Gaceta Judicial, tomada de *Antología Jurisprudencial Corte Suprema de Justicia 1886 - 2006*, Tomo II, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2007, página 406.

CAPÍTULO OCTAVO

TACHA DE TESTIGOS

El apoderado de la Convocante tachó de sospechosos a los testigos Edgar Fernando Nieto Sánchez, John Carlos Pino Franco, Álvaro Barreto Lugo y Rodrigo José Zambrano Simmonds por tener o haber tenido vínculos laborales o profesionales con la sociedad Convocada. La tacha no es una vía para que se deje de recibir la declaración, sino que tiene como finalidad que el juez en su momento aprecie con especial atención la versión respectiva. Así lo ha hecho el Tribunal, encontrando, que la declaración rendida por los testigos le permitió conocer con objetividad las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se estructuró el programa de reconstrucción del eje cafetero, el funcionamiento del FOREC y la celebración y ejecución del Fideicomiso Colinas I y su interrelación con el denominado Colinas II. Y analizados bajo los principios de la sana crítica, tales testimonios resultan veraces al cotejarse con las demás pruebas que obran en el expediente, por lo cual el Tribunal desecha la tacha de sospechosos de tales testimonios.

CAPITULO NOVENO

COSTAS

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como “los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso.” (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2°).

Entendido lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente no prosperan las pretensiones objeto de la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 392, numeral sexto del C. de P.C., es del caso condenar a la parte convocante el reembolso, a favor de la Convocada, por concepto de costas, de la suma resultante de la siguiente liquidación:

1.1. Gastos del trámite arbitral

a. Honorarios de los Árbitros, la Secretaria y Gastos del Trámite arbitral (Acta No. 1, Auto No. 1, Folio 111 C. Principal No. 1)

Honorarios de los tres Árbitros	\$ 35.865.000
IVA 16%	\$ 5.738.400
Honorarios de la Secretaria	\$ 5.977.500
IVA 16%	\$ 956.400
Gastos de Funcionamiento y Administración Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 2.855.000
IVA 16%	\$ 456.800
Otros gastos	\$ <u>2.000.000</u>
TOTAL	\$ 53.849.100

100 % a cargo de la Parte Convocante y a favor de la Parte Convocada: \$ 53.849.100

Suma ya pagada por la Parte Convocante: (\$ 26.924.550)

Suma a cargo de la parte Convocante y a favor de la Parte Convocada: \$ 26.924.550

b. Honorarios y gastos por concepto del dictamen pericial a cargo de de la perito Ana Matilde Cepeda (Actas No. 7 y 17, Autos No. 12 y 23)

Honorarios	\$ 8.000.000
IVA 16 %	\$ 1.280.000
Gastos	\$ <u>5.000.000</u>
TOTAL:	\$14.280.000

100% a cargo de la parte Convocante y a favor de la Parte Convocada: \$14.280.000

Suma ya pagada por la parte Convocante: (\$ 7.140.000)

Suma a cargo de la parte Convocante y a favor de la Parte Convocada \$ 7.140.000

c. Honorarios y gastos por concepto de dictamen pericial a cargo de del perito Lonja de Propiedad Raíz del Quindío
(Actas No. 28, 30 y 34, Autos No. 37, 40 y 44)

Honorarios	\$79.600.000
IVA 16 %	\$12.736.000
Gastos	<u>\$ 4.000.000</u>
TOTAL:	\$96.336.000

La parte convocada pagó el 100%, en consecuencia la Parte Convocante deberá reembolsarle a la Parte Convocada **\$96.336.000**

1.2. Agencias en derecho: \$11.955.000.

100% a cargo de la parte Convocante y a favor de l parte Convocada **\$11.955.000**

Suma total por concepto de costas y agencias en derecho a cargo de la Parte Convocante y a favor de la Parte Convocada: CIENTO CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS (\$140.355.550)

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por las partes en las mismas proporciones.

CAPITULO SEXTO

DECISIÓN

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias suscitadas entre **GONZÁLEZ GUTIÉRREZ LIMITADA** y **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, con el voto mayoritario de sus miembros, con un salvamento de voto parcial, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero. - Declarar que, dentro del alcance señalado en la pretensión primera de la demanda, Fiduciaria la Previsora S.A. no incumplió con lo previsto en la Cláusula Primera del Contrato, con lo cual no prospera la citada pretensión primera declarativa de la demanda.

Segundo. - Declarar que Fiduciaria La Previsora S.A. no incumplió con lo previsto en el Contrato en relación con el suministro de los recursos requeridos para la financiación del proyecto, con lo cual se rechaza la pretensión segunda declarativa de la demanda.

Tercero. - Declarar que Fiduciaria La Previsora S.A. no incumplió con la obligación pactada en el literal n, de la Cláusula Décima Séptima del Contrato, en relación con la realización de todos los actos tendientes al cumplimiento del objeto del Contrato, con lo cual no prospera la pretensión tercera declarativa de la demanda. .

Cuarto. - Declarar que, dentro del alcance señalado en la pretensión cuarta declarativa de la demanda, Fiduciaria La Previsora S.A. no incumplió con la obligación pactada en el

literal s, de la Cláusula Décimo Séptima del Contrato, con lo cual se rechaza la citada pretensión cuarta declarativa de la demanda.

Quinto. - Declarar que, dentro del alcance de la pretensión quinta declarativa de la demanda, Fiduciaria La Previsora S.A. no incumplió con la Cláusula Décima Octava del Contrato, con lo cual no prospera la citada pretensión quinta declarativa de la demanda.

Sexto. - Declarar que Fiduciaria La Previsora S.A. no es responsable de la demora en el desembolso de los recursos al Fideicomitente Constructor y que en consecuencia no debió asumir con sus propios recursos la financiación del Proyecto, de conformidad con lo pactado en la Cláusula Décima Octava del Contrato, y en consecuencia no prospera la pretensión sexta declarativa de la demanda.

Séptimo. - Declarar que, dentro del alcance de la pretensión séptima declarativa de la demanda, Fiduciaria La Previsora S.A. no incumplió con lo previsto en la Cláusula Décima Novena del Contrato, con lo cual no prospera la citada pretensión séptima declarativa de la demanda.

Octavo. - Declarar que, dentro del alcance de la pretensión octava declarativa de la demanda, Fiduciaria La Previsora S.A. no incumplió con lo consagrado en la Cláusula Trigésimo Octava del Contrato, con lo cual no prospera la citada pretensión octava declarativa de la demanda.

Noveno. - Declarar que Fiduciaria La Previsora S.A. no fue negligente en el manejo y ejecución del Fideicomiso Ciudadela Las Colinas 2011.

Décimo. - Negar las demás pretensiones declarativas y todas las pretensiones de condena de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

Undécimo. - Declarar probada la excepción de mérito propuesta por la parte convocada denominada “Falta de Legitimación en la causa por pasiva respecto de la pretensión sexta”.

Duodécimo. - Condenar a González Gutiérrez Limitada a pagar a favor de Fiduciaria La Previsora S.A. la suma de ciento cuarenta millones trescientos cincuenta y cinco mil quinientos cincuenta pesos (\$140.355.550) por concepto de costas y agencias en derecho de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del Laudo.

Decimotercero. - Ordenar que se entregue el expediente para su archivo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Decimocuarto. - Ordenar que se rinda por la Presidente la cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización y que se proceda a la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida “Protocolización, registro y otros”, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

Decimoquinto. - Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público, así como copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Notifíquese y Cúmplase

STELLA VILLEGAS DE OSORIO
Presidente

FRANCISCO MORRIS ORDÓÑEZ
Árbitro
(Con Salvamento de Voto)

SANTIAGO JARAMILLO VILLAMIZAR
Árbitro

GABRIELA MONROY TORRES
Secretaria