

Laudo Arbitral

César Ucrós Barros y Édgar Suárez Ortiz

Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. —en reestructuración—, Viseé Internacional Cosmetics S.A —en reestructuración—

v.

María M. Cortés de Chaves

Septiembre 26 de 2003

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo en conciencia que pone fin al proceso arbitral promovido por César Ucrós Barros y Édgar Suárez Ortiz en contra de Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. —en reestructuración—, Viseé Internacional Cosmetics S.A —en reestructuración— y María M. Cortés de Chaves.

I. Antecedentes

1. El trámite arbitral

1.1. El día 27 de junio de 2002 César Ucrós Barros y Édgar Suárez Ortiz, por conducto de apoderado especial, solicitaron la convocatoria de un tribunal de arbitramento al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y demandaron a Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. —en reestructuración— (en adelante en este laudo Vogue), Viseé Internacional Cosmetics S.A. —en reestructuración— (en adelante en Visse) y María M. Cortés de Chaves con fundamento en la cláusula compromisoria del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito el 6 de octubre de 1999 por María Cortés de Chaves, Carlos Chaves Cortés y José Roberto Chaves Cortés, actuando en nombre propio y como representantes legales de Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. y de Viseé Internacional Cosmetics S.A., a quienes se denominó los contratantes, de una parte, y Édgar Suárez Ortiz y César Ucrós Barros, denominados en el mismo contrato los asesores, por la otra (fls. 1 y 2, cdno. pruebas 1). Este contrato es el origen de las controversias sometidas a conocimiento y decisión del tribunal y su cláusula cuarta —que fue modificada por las partes el 4 de diciembre de 2002 (fl. 200, cdno. ppal.)— textualmente señala:

“Cuarta-Cláusula compromisoria: “Cualquier diferencia que surja en relación con este contrato será dirimida por un árbitro designado de común acuerdo por las partes, que fallará en conciencia. En caso de que las partes no logre dicho acuerdo, corresponderá su designación al centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá”.

1.2. El centro de arbitraje y conciliación admitió la solicitud de convocatoria por auto de 5 de julio de 2002, que fue notificado a María M. Cortés de Chaves y al representante legal de las sociedades convocadas el 29 de julio siguiente y se les corrió traslado en los términos de los artículos 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil.

1.3. El 13 de agosto de 2002 los convocados, por intermedio de apoderado especial, contestaron por separado la demanda, escritos en los cuales se opusieron a sus pretensiones, se pronunciaron sobre los hechos, solicitaron pruebas y propusieron excepciones de mérito, de las cuales se corrió traslado a la convocante.

1.4. En la misma fecha de contestación de la demanda, 13 de agosto de 2002, los convocados presentaron demandas de reconvención, las cuales fueron admitidas por el centro de arbitraje y conciliación por auto de 23 de agosto siguiente, que se notificó al doctor César Ucrós Barros el 2 de septiembre de 2002 y a Édgar Suárez Ortiz el 6 de septiembre siguiente y se les corrió traslado por el término legal.

1.5. El apoderado de los convocantes contestó las demandas de reconvención el 16 de septiembre de 2002, se opuso a las pretensiones, se pronunció sobre los hechos de la reconvención, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas. De las excepciones de mérito se corrió traslado a los demandantes en reconvención y con escritos

de 26 de septiembre siguiente su apoderado se pronunció sobre ellas.

1.6. El 14 de noviembre de 2002 se celebró audiencia de conciliación, a la que asistieron los representantes legales de las partes y sus apoderados; en ella, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se declaró cerrada la etapa conciliatoria y se decidió proseguir el trámite arbitral (fls. 191 y 192, cdno. ppal.).

1.7. Las partes de común acuerdo modificaron la cláusula compromisoria y, en virtud de ello, sus apoderados en escrito radicado el 10 de diciembre de 2002 designaron de común acuerdo como árbitro único al doctor Cristian Mosquera Casas, quien aceptó su designación oportunamente; en la audiencia de 10 de marzo de 2003 los convocantes manifestaron expresamente que ratificaban las actuaciones de sus apoderados en este proceso y, en especial, la designación del árbitro.

1.8. El tribunal de arbitramento se instaló en audiencia de 3 de febrero de 2003, en la que fue designada como secretaria la doctora Florencia Lozano Reveiz, quien posteriormente aceptó el cargo y se posesionó ante el presidente del tribunal. En su instalación el tribunal señaló las sumas de honorarios de sus miembros, así como la partida de gastos de funcionamiento y se fijó como sede del mismo las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en el norte (Acta 1, fls. 219 a 221, cdno. ppal.).

1.9. Dentro de la oportunidad legal las partes entregaron al presidente, en la proporción debida, las sumas a su cargo fijadas para honorarios y gastos del tribunal.

1.10. El 26 de febrero de 2003 se llevó a cabo una audiencia en la que el tribunal, a petición del apoderado de los convocantes, dispuso adecuar este trámite arbitral a lo resuelto por la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-1038 de 2002. Por ello en providencia de esa fecha resolvió admitir la solicitud de convocatoria presentada por los convocantes y ordenó correr traslado de la misma a la parte convocada conforme a la ley. Igualmente reconoció personería al apoderado de los convocantes y trasladó la sede de la secretaría del tribunal. Esta decisión se notificó en estrados al apoderado de los convocados, quien recorrió el traslado en audiencia y contestó la demanda con los escritos que ya obraban en el expediente. Igualmente presentó demandas de reconvención con los documentos que de la misma manera obran en el plenario (Acta 2, fls. 222 a 230, cdno. ppal.).

1.11. El tribunal en esa misma audiencia admitió las demandas de reconvención, corrió traslado conforme a la ley y reconoció personería al apoderado de los convocados y demandantes en reconvención; esta decisión se notificó en estrados al apoderado de los convocantes, quien recorrió el traslado en esa audiencia y contestó las demandas de reconvención con el escrito que ya había aportado al proceso; igualmente se pronunció sobre las excepciones formuladas por el apoderado de los convocados con los escritos que obraban en el expediente.

1.12. El 25 de marzo de 2003 se inició la primera audiencia de trámite (Acta 4, fls. 239 a 241, cdno. ppal.). Al comienzo de la misma, y estando presentes las partes y sus apoderados, el tribunal dispuso la celebración de la audiencia de conciliación. Después de un intercambio de opiniones y para facilitar el acercamiento entre las partes, el tribunal suspendió dicha audiencia, la cual se continuó el 7 de abril siguiente; en dicha oportunidad las partes manifestaron no haber logrado un acuerdo directo, por lo que el tribunal declaró cerrada esta etapa y dispuso continuar con el trámite arbitral.

1.13. Enseguida en la misma audiencia, el tribunal ordenó continuar con la primera audiencia de trámite y se leyeron la cláusula compromisoria del contrato de prestación de servicios de 6 de octubre de 1999, las pretensiones de la demanda y de las demandas de reconvención y las excepciones de mérito propuestas por ambas partes, y se precisó la cuantía del proceso. Por auto de esa fecha el tribunal asumió competencia para conocer y decidir en conciencia las controversias patrimoniales suscitadas entre César Ucrós Barros y Édgar Suárez Ortiz, de una parte, y Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. —en reestructuración—, Viseé Internacional Cosmetics S.A. —en reestructuración— y María M. Cortés de Chaves, de la otra; además decretó las pruebas a instancia de las partes, señaló fechas para la práctica de las mismas y dio fin a la primera audiencia de trámite (Acta 5, fls. 242 a 261, cdno. ppal.).

1.14. Durante el trámite el tribunal sesionó en 14 audiencias, en las que practicó las pruebas decretadas. Agotada la instrucción, en la audiencia de 5 de septiembre de 2003 oyó a los apoderados de las partes en sus alegatos de

conclusión (Acta 14, fls. 468 a 470, cdno. ppal.).

1.15. Conforme a la ley el término de duración de este proceso es de 6 meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, y esta concluyó el 7 de abril de 2003, por lo cual el tribunal se halla dentro de la oportunidad legal para proferir laudo.

2.Presupuestos procesales

El tribunal encuentra cumplidos los requisitos legales indispensables para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar laudo de mérito, el cual se profiere en conciencia —por así haberlo pactado las partes—. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el tribunal se estableció:

2.1. Competencia

Conforme se declaró desde la primera audiencia de trámite, el tribunal es competente para conocer y decidir las pretensiones de este proceso con fundamento en la cláusula compromisoria del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito el 6 de octubre de 1999 entre los contratantes y los asesores, el cual es el origen de sus controversias, que son susceptibles de definirse por transacción.

2.2.Partes procesales

Parte demandante: Son los doctores César Ucrós Barros y Édgar Suárez Ortiz, ciudadanos colombianos, mayores de edad, abogados, plenamente capaces, domiciliados en Bogotá e identificados con las cédulas de ciudadanía 19.263.376 y 19.482.493, respectivamente.

Parte demandada: Son las siguientes personas naturales y jurídicas:

a) María Minerva Cortés de Chaves, ciudadana colombiana, mayor de edad, plenamente capaz, identificada con la cédula de ciudadanía 20.266.953 de Bogotá y con domicilio en esta ciudad.

b) Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. —en reestructuración— sociedad anónima de nacionalidad colombiana que de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el día 31 de mayo de 2002, que obra a folios 25 a 28 del cuaderno principal, fue constituida mediante escritura pública 425 del 1° de marzo de 1971 de la Notaría Catorce de Bogotá con el nombre de Laboratorios de Cosméticos Vogue Ltda. y ha sido reformada en varias ocasiones; en una de ellas, la que se hizo por escritura pública 6296 de 26 de noviembre de 1992 de la misma notaría, se transformó en sociedad anónima. Tiene su domicilio en Bogotá y la representación legal la ejercen el presidente ejecutivo y su suplente. A la fecha de la certificación los cargos de presidente ejecutivo lo ocupa Ismael Enrique Morales Nieto y el de suplente Carlos Ernesto Chaves Cortés, quien otorgó poder para intervenir en este proceso.

Consta igualmente en el certificado antes citado que por documento de 27 de diciembre de 2000 se celebró acuerdo de reestructuración de esta empresa con sus acreedores dentro del trámite de reactivación empresarial de que trata la Ley 550 de 1999.

c) Viseé Internacional Cosmetics S.A. —en reestructuración— sociedad anónima de nacionalidad colombiana que de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el día 25 de junio de 2002, que obra a folios 29 a 31 del cuaderno principal, fue constituida mediante escritura pública 6895 del 2 de noviembre de 1993 de la Notaría Catorce de Bogotá y ha sido reformada en varias ocasiones. Tiene su domicilio en el municipio de Soacha y la representación legal la ejercen el presidente ejecutivo y su suplente. A la fecha de la certificación los cargos de presidente ejecutivo lo ocupa Ismael Enrique Morales Nieto y el de suplente Carlos Ernesto Chávez Cortés, quien otorgó poder para intervenir en este proceso.

2.3.Capacidad

Las partes están debidamente representadas y tienen capacidad para transigir. Las personas naturales por ser mayores de edad, con capacidad de disposición de sus derechos patrimoniales; las personas jurídicas por cuanto de

los documentos aportados al expediente no se encontró restricción alguna al efecto.

2.4. Apoderados

Por tratarse de un proceso arbitral de mayor cuantía las partes están representadas por abogados; los convocantes por el doctor Luis Fernando López Roca y los convocados por el doctor Rafael H. Gamboa Serrano, según poderes especiales a ellos conferidos, cuya personería fue reconocida oportunamente por el tribunal.

3. Pretensiones

a) César Ucrós Barros y Édgar Suárez Ortiz en la demanda, a folios 1 y 2 del cuaderno principal, solicitan que el tribunal profiera las siguientes declaraciones y condenas:

“Pretensiones

(...).

Primera. Que se declare que, en virtud del contrato de prestación de servicios a que alude el hecho 6 de la presente demanda, los demandados están obligados a pagar a los demandantes, de manera solidaria, además de la suma fijada que allí se estableció, una comisión u honorario de éxito y que dicha comisión u honorario también es aplicable al caso en que la demandada llegara a un acuerdo con sus acreedores en los términos de la Ley 550 de 1999, como efectivamente sucedió;

Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior y de la celebración del acuerdo de reestructuración entre las sociedades demandadas y sus acreedores, suscrito el 24 de noviembre de 2000, se declare que los demandados estaban obligados a pagar a los demandantes, a más tardar el 24 de diciembre de 2000, la suma de mil setenta y nueve millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$ 1.079.850.000) o aquella que se pruebe dentro del proceso;

Tercera. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a los demandados a pagar solidariamente la suma de mil setenta y nueve millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$ 1.079.850.000) o a aquella que se pruebe dentro del proceso, más los intereses demora liquidados a la tasa más alta legalmente aplicable, desde la fecha en que debió hacerse el pago y hasta la fecha en que el mismo se realice;

Cuarta. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, se condene, adicionalmente, a los demandados al pago de las costas y agencias en derecho correspondientes”.

b) Por su parte, Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. —en reestructuración—, Viseé Internacional Cosmetics S.A. —en reestructuración— y María M. Cortés de Chaves en las respectivas demandas de reconvención —que en el capítulo de las pretensiones son idénticas en su redacción, según escritos que obran en el cuaderno principal a folios 69 y 70 (Vogue), 95 y 96 (María Cortés) y 121 y 122 (Viseé)— solicitan se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“Pretensiones

Principal

Se declare que no hay lugar al pago de la “comisión de éxito” a favor de los demandados y a cargo de la demandante.

Primera subsidiaria

En subsidio de la pretensión principal, se declare la nulidad relativa del numeral 2.2 de la cláusula segunda (2ª) del contrato, por error en el consentimiento de la demandante.

Segunda subsidiaria

En subsidio de la pretensión primera subsidiaria, se reduzca la “comisión de éxito” prevista en el número 2.2 de la

cláusula segunda (2ª) del contrato a una cantidad que no exceda del dos por ciento (2%) de la diferencia de tasas, imputándose las sumas ya recibidas por los demandados.

Tercera subsidiaria

En subsidio de la pretensión segunda subsidiaria, que el tribunal determine, en conciencia, si hay lugar a la “comisión de éxito”, el valer de la misma y su forma de pago”.

4.Excepciones

Según quedó anotado antes, las partes, en la oportunidad procesal, propusieron excepciones de mérito. El apoderado de los convocados en los escritos de contestación a la demanda propuso las excepciones que enunció como “carencia de derecho, pago, remisión, compensación, prescripción, caducidad, petición anticipada, falta de competencia, petición excesiva, nulidad relativa, ineptitud sustantiva de la demanda, ineptitud procesal y formal de la demanda y en general todas las que resulten probadas”(fls. 64 (Vogue), 89 (María Cortés) y 116 (Viseé), cdno. ppal.).

Por su parte, el apoderado de los convocantes en la contestación a las demandas de reconvención propuso las excepciones que se encuentran desarrolladas a folios 140 a 142 del cuaderno principal y que denominó: Inexistencia de las pretensiones, improcedencia de la pretensión de nulidad como vicio del consentimiento, incompetencia de jurisdicción, el demandante no puede alegar su propia culpa, y la que establezca o verifique el tribunal de arbitramento de acuerdo a la sana crítica el juzgador de instancia”.

5.Los hechos

Los 49 hechos que sustentan las pretensiones de la demanda arbitral están contenidos en la misma, a folios 2 a 13 del cuaderno principal; a su vez, los hechos que soportan las pretensiones de las demandas de reconvención están relacionados a folios 70 a 73 (Vogue), 93 a 99 (María Cortés) y 122 a 125 (Viseé) del mismo cuaderno, y a todos ellos se referirá a espacio el tribunal al estudiar los distintos temas objeto del debate procesal.

6.Pruebas decretadas y practicadas

En la primera audiencia de trámite que terminó el 7 de abril de 2003 el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes y, para el sustento de la decisión que adoptará, se relacionan enseguida las pruebas practicadas y allegadas al proceso, que se incorporaron al expediente, todas las cuales fueron analizadas para definir el asunto sometido a su consideración:

6.1.Documentales

Se agregaron al expediente los documentos aportados por la convocante con la demanda y la contestación a las demandas de reconvención que están relacionados a folios 14 a 18 y 143 del cuaderno principal, respectivamente. Igualmente se agregaron los documentos recaudados por el tribunal en el curso de las declaraciones.

6.2.Declaraciones de parte

Se practicaron interrogatorios de parte a Édgar Suárez Ortiz y César Ucrós Barros, convocantes, y a Ismael Enrique Morales Nieto, representante legal de las sociedades convocadas, y a María Minerva Cortés de Chaves, igualmente convocada, según consta en el Acta 10 de 12 de mayo de 2003. Las transcripciones correspondientes se agregaron al cuaderno de pruebas 2 del expediente.

6.3. Declaraciones de terceros

El tribunal recibió los testimonios de Manuel Oswaldo Lara Burgos (fl. 293, cdno. ppal.), Miguel Ricaurte Lombana (fl. 294), Jonny Alberto Bahos Ruiz (fl. 295), Jaime Ricaurte Junguito (fl. 322) y Clara Inés Cimadevilla Rodríguez (fl. 310), solicitados por ambas partes; de Sandra Patricia Florez Valencia (fl. 311) y Martha Patricia Martínez Martínez (fl. 319), solicitados por la parte convocante; y de Danilo Bernal Cabrera (fl. 317), Agustín Esguerra Restrepo (fl. 318), José Manuel Gómez (fl. 324), Luis Eduardo Arbeláez Sarmiento (fl. 325) y Juan

Camilo Herrera Carrillo (fl. 323), solicitados por la parte convocada. Las transcripciones de estas declaraciones se agregaron al cuaderno de pruebas 2 del expediente.

6.4.Dictamen pericial contable y financiero

El día 1° de julio de 2003 los expertos Ana Matilde Cepeda M. y Miguel Montes Swanson rindieron dictamen contable y financiero y, surtido el traslado correspondiente, las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron presentadas el 28 de julio y el 11 de agosto siguientes. El dictamen y sus aclaraciones se incorporaron al cuaderno de pruebas 2 del expediente.

El apoderado de los convocantes con escrito de 31 de julio de 2003 objetó por error grave la respuesta dada por los peritos a la pregunta 9 del cuestionario (fls. 352 a 357, cdno. ppal.).

6.5.Oficio

Se libró oficio a la Superintendencia de Sociedades para que expidiera copia de toda la actuación contentiva del proceso de reactivación empresarial que en virtud de lo dispuesto en la Ley 550 de 1999 tramitaron las sociedades convocadas ante dicha superintendencia; la respuesta al oficio se agregó al expediente.

7.Alegatos de conclusión

Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión en la audiencia que se realizó para tal efecto el día 5 de septiembre de 2003 —Acta 13— y en la misma, luego de sus respectivas intervenciones, entregaron para el expediente los escritos que las contienen. La convocante en su alegato reiteró sus pretensiones iniciales y el apoderado de los convocados, por su parte, se opuso a ellas y solicitó acoger, por el contrario, las pretensiones de las demandas de reconversión. A dichos alegatos se referirá el tribunal en el análisis de la cuestión a decidir que avoca enseguida.

II.Consideraciones del tribunal

El tribunal procede enseguida a efectuar el estudio de las pretensiones de las partes frente a las pruebas aportadas al proceso y las normas aplicables, y a dictar el fallo en conciencia, previas las siguientes consideraciones:

1.El contrato y la controversia en torno al mismo

Es tema pacífico en este proceso arbitral el de la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales entre María Cortés de Chaves, Carlos Chaves Cortés y José Roberto Chaves Cortés en su propio nombre y como representantes legales de las sociedades Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. y Viseé Internacional Cosmetics S.A. con César Ucrós Barros y Édgar Suárez Ortiz como abogados asesores, contrato firmado entre las partes el seis (6) de octubre de 1999.

El objeto del antedicho contrato se plasmó en su cláusula primera en los siguientes términos:

“LOS ASESORES se obligan a prestar sus servicios profesionales, para realizar una asesoría jurídica orientada a liderar los procesos de negociación que LOS CONTRATANTES se proponen adelantar frente a sus acreedores buscando la mejor alternativa tanto para la persona jurídica como para los socios individualmente considerados, en aras de la protección y salvaguarda de los bienes y actividades comerciales que la conforman. Dicha asesoría cubrirá los siguientes aspectos: 1.1. Reuniones para conocer la empresa y expectativas de los actores partícipes en la negociación, con el fin de recopilar la información necesaria para elaborar e implementar la estrategia de recuperación empresarial. 1.2. Dirección en la elaboración y ejecución en la presentación de una propuesta a los acreedores financieros para pactar con ellos las modificaciones al “acuerdo de pagos” que suscribieron el 11 de diciembre de 1998 el cual no podrá ser atendido cumplidamente por LOS CONTRATANTES, según lo que se deriva de sus flujos de caja, tal como lo han dado a conocer a sus acreedores reiteradamente. 1.3. Reuniones de negociación para estructurar la fórmula de solución que se logre concretar con los acreedores financieros. 1.4. Elaboración de los contratos relativos a la implementación de la fórmula que se llegue a adoptar. 1.5. Representación de LOS CONTRATANTES ante la Superintendencia de Sociedades en caso de que las sociedades

deudoras se vieran obligadas a acudir a un proceso concordatario por incitativa de la empresa o petición de terceros o de la entidad de control”.

En resumen, los asesores jurídicos se obligaron en virtud del contrato en estudio a buscar que los acreedores financieros accedieran a la modificación del denominado “acuerdo de pagos” que habían suscrito el 11 de diciembre de 1998 con las sociedades Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. y Viseé Internacional Cosmetics S.A., sus accionistas, la señora María Cortés de Chaves y Jolie de Vogue Internacional Inc., con el fin de hacerlo posible de cumplir por los contratantes, que desde ya reconocían no poderlo atender conforme a lo pactado. La finalidad del contrato, se repite, era buscar la modificación de las tasas de interés de los créditos a favor de las entidades financieras de manera que las empresas deudoras pudieran pagarles con sus flujos de caja.

También se obligaron los asesores jurídicos a representar a los contratantes ante la autoridad de control y vigilancia si era menester acudir a un proceso concordatario y adelantar las gestiones propias de este trámite.

En la cláusula segunda del contrato se pactó lo relativo a la remuneración de los asesores jurídicos en los siguientes términos:

“REMUNERACIÓN: Por su gestión, LOS ASESORES recibirán en calidad de honorarios profesionales las siguientes sumas: 2.1. Un anticipo o pago básico de CIEN MILLONES DE PESOS (\$ 100.000.000) mcte., pagaderos en diez (10) contados de diez millones (\$ 10.000.000) mensuales que deberán cancelarse dentro de los cinco primeros días de cada mes comenzando el 5 de octubre de 1999, independientemente del resultado de la gestión. 2.2. Una comisión de éxito equivalente al quince por ciento (15%) de la diferencia entre las tasas contempladas en el “acuerdo de pagos de Vogue” suscrito con las entidades acreedoras el 11 de diciembre de 1998, y las que se obtengan con la modificación cuya gestión se propone mediante esta carta. Quedan expresamente excluidas de esta comisión de éxito los beneficios a que dé lugar la sustitución de pasivos que se lleven a cabo mediante la línea BANCÓLDEX ya propuesta por la deudora. 2.3. En caso de que hubiera que recurrir al concordato la suma a que se refiere el punto 3.1 se incrementará en un treinta y tres por ciento (33%) es decir en la suma de TREINTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS (\$ 33.300.000) mcte. que se pagará en dos (2) mensualidades de diez millones (\$ 10.000.000) y una de trece millones trescientos mil (\$ 13.300.000) mcte. una vez cancelados los cien millones iniciales si el concordato se decide o convoca antes de haberse pagado la totalidad de tal suma (es decir el 31.07.00) o a partir del momento en que se decida o convoque si ello ocurre después de esta fecha. PAR.—Los gastos legales generados durante el desarrollo de la asearía(sic) no se encuentran incluidos dentro de la suma relacionada en el párrafo precedente”.

Se pactaron conforme al contrato tres tipos de remuneración: una fija de \$ 100.000.000, pagaderos en diez (10) meses, una comisión de éxito que prevé el punto 2.2 transcrito por la diferencia de tasas entre el acuerdo ya suscrito y el que se logre con los acreedores financieros, y un ajuste de 33% al fijo si se recurre al concordato.

La controversia sometida a decisión de este tribunal radica en el alcance del pacto de la comisión de éxito a que se refiere el numeral 2.2 de la cláusula segunda del contrato. La parte convocante sostiene que el acuerdo de acreedores que se suscribió dentro del acuerdo de reestructuración de Ley 550 de 1999 el 24 de noviembre de 2000, le da derecho a cobrar la comisión de éxito del 15% sobre la diferencia de tasas entre el acuerdo de 1998 y el nuevo, y solicita se condene al pago de la misma con los intereses moratorios.

La parte convocada aduce que solo había lugar a la comisión de éxito si se suscribía un nuevo acuerdo con los acreedores financieros que fuera más favorable a los intereses de las deudoras que el primero, pero que al haberse suscrito acuerdo de reestructuración de Ley 550 de 1999 no había derecho a cobrar comisión de éxito o cuota *litis* alguna.

Y la controversia atrás resumida que debe dirimir este tribunal se amplió, toda vez que, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, los demandados presentaron demanda de reconvencción solicitando se declare que no hay lugar al pago de la comisión de éxito, como pretensión principal y como subsidiarias que se declare la nulidad relativa del numeral 2.2 de la cláusula segunda del contrato por error en el consentimiento, o que se reduzca la comisión de éxito, o que el tribunal la determine por su valor y forma de pago.

Para dirimir las controversias que surgieron del contrato las partes pactaron cláusula compromisoria en la cláusula cuarta del contrato y dispusieron que un árbitro designado por ellas de común acuerdo —tal como lo modificaron el 4 de diciembre de 2002— debería fallar en conciencia.

2. El fallo en equidad: la acepción propia

Acogiendo lo pactado por las partes en conflicto respecto a la cláusula compromisoria en su documento origen de la *litis* (cuarta cláusula compromisoria) se refiere nuevamente el tribunal a su texto, con el fin de señalar los derroteros que “al fallar en conciencia” considera son aplicables a la decisión en equidad que debe adoptar.

Sea lo primero establecer que este tribunal considera que los arbitramentos legalmente posibles, señalados por el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, compilador del artículo 111 de la Ley 446 de 1998 que a su vez modificó el artículo 1° del Decreto 2279 de 1989, son a saber: en derecho, en equidad y técnicos, y corresponden estos al universo actual de los arbitrajes en Colombia. Así las cosas es preciso destacar, y en ello se identifica plenamente el tribunal con lo afirmado por el doctor Ernesto Gamboa M. en su obra: El arbitraje en equidad ⁽¹⁾, cuando dice:

“Hoy ese mandato que ordena la obligatoria motivación de las sentencias ha perdido aparentemente rango constitucional, pues consideramos que está ínsito en el concepto general del debido proceso, pero además, ha cambiado la naturaleza de los tribunales de arbitramento. Han dejado de ser tribunales en conciencia, para convertirse en arbitrajes en equidad. Lo que implica, a nuestro juicio, que hoy en día sea totalmente imprescindible la motivación del fallo y el análisis crítico de la prueba”.

Por lo tanto para este tribunal le es aplicable lo estatuido en los artículos 303 y 304 del Código de Procedimiento Civil, según los cuales:

“ART. 303.—Formalidades. Toda providencia se encabezará con la denominación del correspondiente juzgado o corporación, seguida del lugar y fecha en que se pronuncie expresada en letras, y terminará con las firmas del juez o los magistrados. Las que se profieran en una audiencia o diligencia se insertarán en las actas respectivas, salvo en proceso verbal. Solo se mencionarán los nombres de los apoderados judiciales, cuando se reconozca su personería o se les imponga alguna condena.

A excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite, las providencias serán motivadas de manera breve y precisa; no se podrá hacer transcripciones de actas, decisiones o conceptos, que obren en el expediente. Este deberá pasarse a la secretaría en la misma fecha en que aquellas se pronuncien.

Ninguna providencia requiere la firma del secretario”.

“ART. 304.—Contenido de la sentencia. En la sentencia se hará una síntesis de la demanda y sucontestación. La motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, la excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este código.

La redacción de toda sentencia deberá iniciarse en folio que no contenga actuación alguna, ni escrito de las partes, y de ella se dejará copia en el archivos(sic) de la secretaría”.

Plenamente comparte el tribunal lo afirmado por el doctor Ernesto Gamboa M. cuando en su obra citada afirma ⁽²⁾:

“Creemos que a la luz de la nueva Constitución y de la ley arbitral hoy compilada en el Decreto 1818 de 1998, se han proscrito por completo los fallos en “conciencia” que, bajo su equívoca denominación, parecieran invitar a decisiones basadas simplemente en la “íntima convicción” (es decir sin valoración de pruebas), sin necesidad de motivación, o simplemente amparadas en la regla de la “verdad sabida y la buena fe guardada” que, a la postre,

eran la antesala para degenerar en fallos de contenido subjetivo conforme a los “estados de ánimo”, a las “convicciones morales” o al “conocimiento personal” del juez”.

Nuestra Corte Constitucional en Sentencia C-1547 de 2000, ratifica lo anterior, cuando dice:

“Por ello, la equidad —al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto— permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes” ⁽³⁾.

El fallo en equidad y el debido proceso:

Con relación al acápite que se precisa, el tribunal convocado para dirimir en equidad la controversia de Clínica de Ojos Ltda. v. Teroptic Cortés Cleves Ltda., en laudo del 5 de diciembre de 1990 proferido por los árbitros Nelson Velandía, Fabio Rojas y el suscrito dijo:

“El fallo en conciencia es solo una forma de atenuar el rigorismo legal al momento de decidir en el fondo la controversia planteada, pero de ninguna manera la puerta para que los árbitros diseñen su propio procedimiento. En otras palabras, que se deba fallar en conciencia no autoriza al árbitro ni a las partes, para pretermitir las reglas del debido proceso. Las reglas, principios y el régimen propio del proceso arbitral deben ser observados como una garantía de orden, de discusión suficiente, de conocimiento real del conflicto y de determinación oportuna del mismo”.

Ese atenuar el rigorismo legal, lo entiende el tribunal y así lo aplica en el presente caso, en la manera como el profesor Gabino Pinzón, lo describe en su ensayo: De los fallos en conciencia ⁽⁴⁾ en que dice:

“Conforme a estos planteamientos, en el proceso destinado a ser decidido en conciencia es posible prescindir de las fórmulas técnicas del derecho escrito, para no ejercitar concretamente ninguna de las acciones que tienen en este su fundamento y su procedimiento; y si se utilizan las construcciones o figuras sancionadas en el derecho escrito y reconocidas en la jurisprudencia, con sus mismas denominaciones técnicas, ellas no pueden tener más sentido que el de aclarar, ordenar y facilitar el entendimiento de la cuestión sometida al juicio de los jueces, más no al de limitaciones que impongan ellos, toda vez que su misión o función es la de escudriñar y fijar la posición moral de las partes, antes que una posición simplemente procesal, para deducir, en equidad o estricta justicia, las obligaciones que correspondan a cada parte en razón de esa posición o calificación”.

En conclusión, el árbitro único en este proceso está facultado por las partes para dictar el laudo en conciencia y la ley le permite para ello conciliar pretensiones contrapuestas, tal como en forma expresa lo previó el inciso 2º del artículo 6º del Decreto 2279 de 1989, lo que implica que no deba ceñirse de manera rigurosa a la previsión del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil sobre congruencia entre la sentencia —en este caso el laudo— y los hechos, pretensiones y excepciones aducidos por las partes.

Para ilustrar el sentido de un fallo que deba dictarse en conciencia el tribunal hace propias las afirmaciones contenidas en el laudo arbitral de abril 1º de 1987 de Eugenio Schmidt Reitz v. Leonor Hernández Uribe proferido como árbitro único por el doctor Gilberto Peña Castrillón, en el cual resume el tema así:

“(…) Las siguientes consideraciones revelan el sentido del laudo que se dicta:

1. Que el fallo deba dictarse en conciencia y conciliando pretensiones contrapuestas no autoriza para prescindir de la etapa instructiva. Al contrario, un fallo de esa naturaleza requiere un establecimiento minucioso de los hechos y bajo esa perspectiva adquieren sentido muchos documentos y muchas declaraciones que en un fallo en derecho podrían ser cuestionadas por su incongruencia con la materia propuesta (...).

2. Un fallo de esta naturaleza —en conciencia y conciliando pretensiones contrapuestas— tampoco autoriza al árbitro, ni a las partes, para pretermitir las reglas del debido proceso, esto es, para informalizar el proceso. No. De ninguna manera. Las reglas, principios y el régimen propio del proceso arbitral deben ser observados como una garantía de orden, de discusión suficiente, de conocimiento real del conflicto y de terminación oportuna del

mismo.

3. Difiere el fallo en derecho del fallo en conciencia, entre otras cosas, en que en el primero las pruebas deben ser apreciadas como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, esto es, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo el juez que exponer “siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”. En cambio, en el fallo en conciencia el juez no tiene que dar la razón por la cual, lo convencieron las pruebas y debe fallar “verdad sabida y buena fe guardada”. Se necesitan pruebas y ello es apenas obvio porque las pruebas no pueden sustituirse por los “estados de ánimo” o por simpatías o antipatías del juez. Sin embargo, en el fallo en conciencia si bien el juez tiene que formar su convicción con fundamento en un cuidadoso y exhaustivo material probatorio, goza de un admirable grado de libertad para apreciar las pruebas y, respecto a la formalidad literal de la sentencia, para prescindir de la exposición razonada del mérito que le asigna cada prueba. Cree este tribunal que la naturaleza del fallo que se le ha encomendado se percibe mejor si evitando la expresión tradicional —y por supuesto legal— se hablara, mejor, de un fallo que se dicta apreciando las pruebas en conciencia.

4. Las partes le han conferido al árbitro, en forma expresa, la facultad de conciliar las pretensiones contrapuestas lo que significa una instrucción expresa para que se busque un fallo equitativo, así se tenga que sacrificar el principio de la congruencia de la sentencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, atentos a que esa aproximación de las aspiraciones de las partes puede implicar una “dichosa corrección de la justicia” o, en todo caso, una atenuación de lo rigurosamente legal (...)” ⁽⁴⁾.

Ratifica lo expuesto en la providencia transcrita lo afirmado por el profesor Hernando Morales Molina en su obra Curso de derecho procesal civil sobre el alcance del laudo en conciencia, cuando expresa:

“Según se ha dicho, el laudo puede ser en conciencia o en derecho, como lo acuerdan las partes, pero si nada dicen se entiende que será en derecho; cuando fuere en conciencia, los árbitros pueden conciliar las pretensiones opuestas. Por eso, se entiende que aquellos pueden apartarse hasta cierto punto de la congruencia al decidir...” ⁽⁵⁾.

3. Pruebas documentales y declaraciones relevantes

Por su pertinencia con las cuestiones debatidas, el tribunal destaca del acervo probatorio conformado dentro del proceso, lo siguiente:

Documentos remitidos por la Superintendencia de Sociedades:

Que la petición de la promoción del acuerdo de reestructuración Ley 550 de 1999 la hicieron las empresas Vogue y Viseé el 30 de junio de 2000 (Supersociedades, fl. 103, Exp. 76. T. 1).

Que el 29 de junio de 2000 las asambleas generales extraordinarias de accionistas de Vogue y Viseé (actas 50 y 15 respectivamente) autorizaron la reforma de estatutos de las compañías para acomodarlos a los requerimientos para promoción de un acuerdo de reestructuración ante la Superintendencia de Sociedades, régimen que durará los 10 años del correspondiente acuerdo.

Que se firmó contrato de transacción por las distintas prestaciones laborales de María Cortés de Chaves en Vogue el 3 de agosto de 2000 y en la misma fecha se suscribió contrato de prestación de servicios como asesora tanto de Vogue como de Viseé.

Que mediante oficios 411-50022 y 411-50024 de 4 de agosto de 2000 Vogue y Viseé fueron aceptadas por la Superintendencia de Sociedades para la promoción de un acuerdo de reestructuración.

Que para llegar al acuerdo de reestructuración fue necesario modificar previamente los contratos de fiducia en garantía sobre marcas, los varios existentes sobre acciones de las compañías que garantizaban el pago de las acreencias financieras, para ampliar la garantía a las obligaciones contraídas durante la vigencia del acuerdo, y el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos.

Que se aprobó y expidió reglamento de emisión y colocación de bonos voluntariamente convertibles en acciones de Vogue S.A., serie A para los acreedores financieros y serie B para María Cortés de Chaves.

Que la determinación de los derechos de voto elaborada por el promotor Miguel Ricaurte Lombana para los \$ 17.996.622.199 de acreencias se dividió en trabajadores, entidades públicas, Seguro Social, instituciones financieras, demás acreedores y acreedores internos, de los cuales el 62.3% correspondió a las entidades financieras.

Que por carta de diciembre 19 de 2000 el promotor le envía a la Superintendencia de Sociedades el acuerdo de reestructuración suscrito el 24 de noviembre anterior y le informa, como consta en él, que fue aprobado por el 89.50% de votos en Vogue y el 86.51% de votos admisibles en Viseé.

Que el acuerdo de reestructuración tiene como objeto, según se plasma en el mismo documento, el siguiente:

“IV. Objeto

En cumplimiento de los presupuestos de la Ley 550 de 1999, los objetivos del presente ACUERDO estarán determinadas por la recuperación y conservación de VOGUE como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como por procurar una adecuada protección del crédito, bajo los presupuestos de redefinición estratégica y refinanciación de las obligaciones vencidas y adeudadas por VOGUE a favor de LOS ACREEDORES, en los términos y condiciones previstos en el presente documento.

En desarrollo del objeto del presente acuerdo las partes asumen compromisos recíprocos que se traducen, principalmente, en una serie de obligaciones a cargo de VOGUE frente a LOS ACREEDORES, con el fin de conservar las condiciones financieras, administrativas y la capacidad de pago necesaria para atender en forma adecuada los créditos otorgados por LOS ACREEDORES; compromisos y obligaciones que deberá observar mientras dichos créditos se encuentren insolutos”.

Igualmente de los documentos aportados por los demandantes consta:

Que hay cinco (5) actas de reuniones celebradas entre el 26 de abril y el 13 de junio de 2000 entre los asesores jurídicos y los acreedores financieros, en las cuales consta que desde la primera fecha citada se está estudiando el texto de acuerdo según la Ley 550 de 1999, que se encuentra ya muy depurado. Que se encomendó al doctor Édgar Suárez la revisión del contrato de regalías con María Cortés de Chaves. Que la petición de promoción del acuerdo a la Superintendencia de Sociedades se hace debidamente concertada con los acreedores financieros. Que se deben consolidar los balances de las dos compañías para la presentación del acuerdo. Que se debe establecer el factor de convertibilidad de los bonos de riesgo en acciones.

En el acta 5 ya aludida se dejó expresa la propuesta de los acreedores financieros de que el promotor nombrado debe: 1) recibir honorarios durante los 4 meses iniciales del acuerdo; 2) renunciar a los honorarios por el segundo período de 4 meses; 3) renunciar a la comisión de éxito. Según términos de la misma acta “lo anterior teniendo en cuenta que el acuerdo se entregaría prácticamente listo y con una votación, en términos generales asegurada”.

A folio 197 cuaderno de pruebas 1 se encuentra carta de mayo 31 de 2000 dirigida a los acreedores financieros de Vogue y Viseé a la cual el asesor Édgar Suárez acompaña el texto definitivo del acuerdo que debe presentarse a la Superintendencia de Sociedades junto con la solicitud de promoción. Esta es una comunicación de trece puntos de la cual se puede establecer toda la actividad desarrollada por los asesores tendiente a la concreción y aceptación del acuerdo por parte de los acreedores financieros. Se destaca en el punto 11) que se acompañó el texto del reglamento de emisión y colocación de bonos de riesgo que emitirá Vogue, con el fin de que se puedan capitalizar las acreencias financieras y sean convertibles en acciones.

También se encuentra a folio 214 del cuaderno de pruebas 1 el contrato de promesa de voto dentro del acuerdo de reestructuración a promover para Vogue y Viseé de 29 de junio de 2000, aunque observa el tribunal no aparece firmado por todas las entidades financieras acreedoras; este sirvió de sustento para la determinación de los derechos de voto que elaboró posteriormente el promotor en reunión de octubre 18 de 2000.

A folio 221 obra carta de los asesores legales y financieros dirigida a la representante de Vogue y Viseé el 6 de julio de 2000, que contiene el informe detallado sobre el acuerdo de reestructuración concertado con los principales acreedores financieros que se anexó a la solicitud de promoción a la Superintendencia de Sociedades de

30 de junio anterior.

Según comité de seguimiento de 31 de agosto de 2000, con la asistencia de los asesores jurídicos y financiero y del promotor se hizo el análisis de la situación del flujo de caja libre operativo de Vogue y Viseé, aspecto fundamental en el proceso de reestructuración de acreencias.

En relación a los pagos de honorarios a los asesores Ucrós y Suárez a folio 261 obra carta de septiembre 18 de 2000 por la cual se le explica al departamento de contabilidad de Vogue sobre los pagos adeudados por el contrato de prestación de servicios por el cargo fijo y el 33% adicional, presentada a trámite de reestructuración de pasivos.

El 3 de noviembre de 2000 doña María Cortés de Chaves le envió a Édgar Suárez la comunicación que obra a folio 345 en la cual le expresa los agradecimientos de las compañías por la labor de asesoría desarrollada.

Consta en el plenario igualmente que fue necesario estudiar e implementar fórmula especial para la deuda mayoritaria a favor de Leasing de Occidente y concretar lo pertinente documentalmente.

Apartes de declaraciones recibidas por el tribunal

Manuel Oswaldo Lara Burgos —Banco Unión Colombiano— folios 349 y ss.

“(…) Durante la negociación del acuerdo nunca supimos de ese monto de esa acreencia, vinimos a saberlo después cuando estábamos en el momento del acuerdo, mucho tiempo después cuando apareció que la cuenta de cobro, entonces a través del comité nos informaron que había ese problema, pero durante la negociación, durante la 550 nunca fuimos informados de eso, seguramente si hubiéramos sido informados de que existía esa contingencia, que no aparecía tampoco en los balances, ni en las proyecciones de Incorbank, ni en los balances que se llevaron a la 550, si hubiéramos sabido eso seguramente el acuerdo de las condiciones hubieran sido muy diferentes, porque de pronto se hubiera visto comprometida la viabilidad de la empresa, porque 1.000 millones o más, es un monto importante, ahora es importante y en ese momento mucho más importante porque la empresa estaba en unas condiciones muy diferentes y precarias”.

“... Como un año antes de firmar el acuerdo de Ley 550 empezamos a tener reuniones con los doctores Édgar Suárez y César Ucrós y con la firma Incorbank que eran los asesores en la parte financiera, con todos ellos y pues obviamente con la compañía de doña María, los hijos de doña María y con los bancos que eramos los acreedores más importantes, tuvimos bastantes reuniones para llegar al acuerdo (...)”.

Miguel Ricaurte Lombana —Promotor— folios 364 y ss.

“(…) entiendo que si hubiese aparecido o si se hubiese determinado una obligación del orden de los 1.000 millones de pesos, en este caso sin duda había habido una dificultad en llegar a los acuerdos en los términos que finalmente aceptaron los demás acreedores, había una dificultad bastante clara, de tal manera que pienso que habrían cambiado las circunstancias en una forma importante...”.

“... en ese caso particular la cuantificación específica del valor correspondiente, solamente se daba en el momento en que se llegase a un acuerdo; ahora si efectivamente, el acuerdo de reestructuración daba origen a algún tipo de remuneración por éxito, que no me consta, que no lo estoy afirmando sino lo estoy estudiando planteando como hipótesis, si efectivamente ese acuerdo de reestructuración daba origen a algún tipo de remuneración, no solamente esa remuneración habría podido determinarse solamente en cuanto a su monto específico, habría podido determinarse solamente en el día y fecha de la firma del acuerdo de reestructuración...”.

Jhonny Alberto Bahos Ruiz —gerente financiero de Vogue— folios 380 y ss.

“(…) Desde mi punto de vista financiero no, porque se habían estructurado unos pagos bajo las expectativas que tenían los presupuestos tanto de ingresos como gastos, de esa firma se había estructurado un pasivo sostenible y la compañía ya había determinado también con Incorbank dentro de sus proyecciones un pasivo que iba a ser sostenible y era también casi permisible y se fijo su propuesta para incorporar dentro del acuerdo, para darle viabilidad a la empresa; pero desde el punto de vista financiero creo que \$ 1.000.000.000 con las condiciones de la

oportunidad cambian totalmente, no serían las mismas en cuanto a la forma de pago y en cuanto a los términos, no se sí se hubiera desarrollado el acuerdo; desde el punto de vista financiero para mí cambiaría totalmente (...)

Clara Inés Cimadevilla —Banco Standard Chartered— folio 402 cuaderno de pruebas 2

“(…) no se llegó a un acuerdo privado que se pudiera firmar y la compañía se vio en la necesidad de solicitar una 550 para sacar adelante a la sociedad…”.

“... En un acuerdo privado nosotros teníamos que tener el 100% de todos los acreedores firmando; en un acuerdo de reestructuración en la Ley 550 por mayoría absoluta 50 + 1 en concurso de todos los acreedores de la compañía usted podría tener un acuerdo, entonces ahí las votaciones son diferentes (...)

Sandra Patricia Florez —Corficaldas— folios 420 y ss.

“(…) Eso dio viabilidad, o sea eso nos dio más tranquilidad sobre cómo seguir el proceso, yo si recuerdo que sobre las marcas se averiguó mucho se indagó bastante y nos preocupaba porque estábamos desprotegidos, entonces sí me acuerdo en varias reuniones que se discutió el tema de la superintendente y ese fue uno de los puntos que ayudó a que el acuerdo saliera…”.

“... Lo que pasa es que las comisiones de éxito se causan solo cuando hay un hecho cierto, porque van sujetas a algo, sí debería haber estado en cuentas de orden porque es un hecho real pero yo no nunca lo vi (...)

Danilo Cabrera —Superintendencia de Sociedades— folios 436 y ss.

“(…) Básicamente el concordato era un proceso jurisdiccional en donde la superintendencia tenía más intervención en cuanto a los procesos, este era un proceso como tal, aquí la superintendencia sí aprobaba los acuerdos de reestructuración, ejercía un control previo al acuerdo concordatario que fuera a suscribir el empresario con sus acreedores, lo revisaba antes y lo aprobaba si cumplía con todas las normas legales.

El acuerdo de reestructuración no es un proceso jurisdiccional, es un proceso administrativo entonces es casi un acuerdo privado, algo que suscriben las partes, el empresario y sus acreedores, un acuerdo privado pero bajo los parámetros que le establece la Ley 550, entonces esta es una de las grandes diferencias entre el concordato y el acuerdo de reestructuración…”.

“... esa obligación debería haber estado contabilizada dentro de los registros del empresario, por la razón que sea no está contabilizada, el promotor no la pudo determinar, precisamente para eso está la reunión de determinación de derechos de voto y acreencias y es el momento procesal que la ley establece para que los acreedores que no están conformes con su obligación o su obligación no esté registrada, presenten su demanda de objeciones de la Superintendencia de Sociedades para que a través de un proceso verbal sumario, esta decida si la obligación debe ser incluida como obligación del empresario para que forme parte del acuerdo de reestructuración, entonces ahí se da el caso de que el acreedor no presentó demanda de objeción, no se hizo presente en la reunión que tenía esos derechos de voto, pues quedaron en firme esos derechos de voto (...)

Agustín Esguerra —Leasing de Occidente— folios 451 y ss.

“(…) en una junta directiva posterior al proceso de reestructuración conocimos las pretensiones de los abogados Ucrós y Suárez y de manera sorpresiva nos llegó una noticia en donde supuestamente les estábamos debiendo unas platas adicionales a las que ya les habían pagado y que en mi concepto ya no solamente estaba finiquitada la relación contractual con ellos, sino que además por el hecho de que la empresa entró a Ley 550 se les habían dado unos honorarios adicionales, entonces nos sorprendió el cobro o la pretensión que nos hicieron en esa junta…”.

“... nos debimos haber enterado en los primeros meses del año 2001...”.

“... entiendo que fuimos los primeros en emitir bonos de riesgo en este país ... antes de que saliera la reglamentación (...)

Martha Patricia Martínez —Suárez y Asociados— folios 476 y ss.

Concepto de Superbancaria sobre garantías de las marcas (fl. 139, cdno. pruebas 1) que en su opinión hizo que los acreedores financieros que estaban empeñados en la liquidación variaran su criterio y empezaran a aceptar la reestructuración de deudas. Dice así:

“(…) al doctor Suárez le surgió una inquietud en torno al tema de la fiducia mercantil irrevocable, sobre marcas, fiducia mercantil irrevocable de administración, si mi memoria no me falla, sobre marcas.

A partir de ese momento empezamos a hacer los análisis y a ver todos los presupuestos para ver si en efecto esa garantía era eficaz o no para mayor tranquilidad y sobre todo para mostrarle al sector financiero que hasta ese momento había estado muy reticente a una reestructuración, hubiese sido privada o concursal, de todas maneras estaban muy reticentes, se solicitó el famoso concepto a la (*) Superintendencia Bancaria.

El problema que se le planteó a la entidad es que teníamos un patrimonio autónomo constituido con unas marcas, y que a ese patrimonio autónomo la fiduciaria que lo administraba ya había expedido certificados de garantía a favor de los acreedores beneficiarios, pero ya habíamos advertido que la transferencia de esas marcas no se había perfeccionado, toda vez que no se habían inscrito y no se habían agotado las formalidades que se requieren para tal efecto en la Superintendencia de Industria y Comercio, al punto que recuerdo también que la fiduciaria en su momento cuando le manifestaron el tema, adujo que lo que había expedido eran certificados provisionales y que con eso estaba tratando de abordar el tema frente a que no se habían transferido los bienes que constituían el patrimonio, que no se había perfeccionado la transferencia.

La (*) Superintendencia Bancaria fue muy enfática en manifestar que no se había perfeccionado la transferencia de los bienes, no se había perfeccionado y no había lugar a expedir certificados de garantía porque no tenían sobre qué, la fiduciaria no tenía sobre qué.

Ese básicamente fue tanto el problema, el planteamiento que se expuso ante la (*) Superintendencia Bancaria como la respuesta del concepto de la misma entidad.

Frente a los acreedores y de las compañías y el acuerdo, creo que fue un aspecto fundamental que los llevó a replantear su postura drástica en torno a la liquidación de las compañías, quiero decir que fue fundamental pero no el único, en eso sí quiero hacer énfasis (...).”

Explicación sobre el origen del acuerdo, las gestiones de arreglo laboral con doña María y todo el proceso:

“(…) La vinculación laboral de doña María no estaba reconocida y contablemente eran obligaciones que no parecían registradas. El doctor Suárez en varias conversaciones con el sector financiero, con los principales líderes les planteó una fórmula...

De esa forma el doctor Suárez primero dispuso a nivel de la compañía que se hicieran los cálculos sobre las prestaciones sociales, luego de lo anterior sometió a consideración del sector financiero, una fórmula según la cual esa acreencia se reconocería y la forma como se pagaría se consagraría en un acta de conciliación laboral e igualmente les sugirió a ellos el nombre del doctor Julio César Carrillo Guarín, uno de los mejores laboristas del país para efectos de que él arrancara y ejecutara esa etapa que atañía a doña María...”

“... Posteriormente que se preparó la fórmula procedimos a preparar lo que se llamaba el contrato de promesa de voto, que era básicamente un contrato celebrado entre los representantes legales de cada una de las compañías a reestructurar y un gran porcentaje de los acreedores del sector financiero (...).”

Jaime Ricaurte Junguito —Incorbank— folios 510 y ss.

“(…) Doctor Gamboa ... una deuda adicional de \$ 1.000.000.000 hubieran cambiado las proyecciones?

Sí pudiera haber afectado las proyecciones porque si estamos hablando de \$ 1.000000.000 sí es una cifra impactante para los números de las compañías, porque cuando que yo recuerde dice uno que la empresa daba para \$ 4.000.000.000 de una deuda financiera, pues \$ 1.000000.000 es una cifra que parte los números, sí puede ser”.

“Entiendo que me debo remontar tres años atrás, pero los honorarios no fueron superiores a \$ 100" - \$ 150" que

recuerde (...)”.

María Cortés de Chaves - folio 550 y ss.

“(…) Tuve que haberla leído dentro de ese contrato, pero no le di la importancia ni tampoco tenía una persona que me hubiera dicho fíjese en esa cláusula porque puede tener esta y esta contingencia, nunca, ni medí el alcance, simplemente yo como le digo estaba tan afanada en esa situación que realmente como le digo había firmado cualquier cosa, de verdad con toda honestidad le digo no le di la importancia, ni medí el alcance, porque como no fue consultado, fue firmado ahí donde el doctor”.

“... Cuando después de muchos meses, no recuerdo cuántos, ya el doctor me preguntó y me dijo, mire María aquí hay una parte a la que tengo derecho (...)”.

Édgar Suárez Ortiz - folio 563 y ss.

“(…) Cuando a nosotros nos llaman para hacer un acuerdo que modifique el del 98 de manera esencial porque no servía, porque iba la liquidación de la compañía, hacemos una promesa de acuerdo porque no se firmó ningún acuerdo con las entidades financieras, y la única forma de que fuera válida era si se hubiera firmado por el 100% de los acreedores y no se firmó, lo que se concertó fue una fórmula que para efectos de eficacia jurídica, porque había disidentes, era acudir a la Ley 550 (...)”.

César Ucrós Barros - folio 575 y ss.

“(…) Pero no podemos arriesgar el éxito de nuestra gestión para nuestros clientes por estar defendiendo o anteponiendo nuestros honorarios, dejemos que la cosa se vaya así, hagamos bien nuestra gestión, obtengamos el éxito y después vemos, después nos toca sentarnos a mirar cómo vamos a arreglar el problema de la comisión de éxito, pero no pongamos en riesgo el acuerdo, metiendo un tema de honorarios del abogado...”.

“... después de que se terminó totalmente nuestra gestión y que recibimos nuestra carta de agradecimiento y felicitación por parte de nuestro cliente entonces llamé a Carlos Chaves Cortés a mi oficina y le dije yo le quiero hablar de este tema, nosotros ya terminamos lo nuestro y quiero recordarle que allí hay una comisión de éxito que está pendiente y ahí fue en donde comenzamos las conversaciones para tratar de lograr una conciliación”.

“... no recuerdo si pasé una cuenta de cobro oficial, debe a César Ucrós la suma de tanto, tanto, no. No recuerdo haberlo hecho y no creo que lo hubiera hecho (...)”.

Dictamen pericial - folio 657

“Por otra parte, una vez firmado el contrato de servicios profesionales mencionado anteriormente, en nuestro concepto, el proceder de las compañías ha debido ser el de la revelación de esta obligación condicional, en las notas a los estados financieros”.

Carta de la Superintendencia de Sociedades a Vogue

Por considerarla ilustrativa sobre las finalidades y reglamentación contenida en la Ley 550 de 1999, y la actividad que era menester desplegar en virtud de sus previsiones, el tribunal transcribe enseguida la Carta 155-72286 (Supersociedades, fl. 11, Exp. 76. T. 2) que le envió la Superintendencia de Sociedades a Vogue el 21 de noviembre de 2000:

“(…)”.

La ley de intervención económica consagró un mecanismo innovador en materia de recuperación empresarial; en ella se creó una alternativa no procesal para todas aquellas sociedades y empresas que por diferentes razones se encuentran en crisis, que consiste en la celebración de un acuerdo que corrija las deficiencias que presenten en su capacidad de operación y que permita atender obligaciones pecuniarias que tengan a su cargo, de forma tal que puedan reactivarse dentro del plazo y según las condiciones que se convengan. Tal acuerdo será precedido por una negociación que adelantará un promotor; esta se dirigirá en una primera fase a la determinación de las diversas

acreencias a cargo de la empresa y de los derechos de voto que corresponderán a cada acreedor y posteriormente se distinguirá por el intercambio de propuestas y fórmulas de arreglo que se concretará finalmente con la votación del acuerdo de reestructuración según las reglas previstas por el artículo 29 de la Ley 550.

Uno de los efectos que caracterizan la negociación de una convención de esta naturaleza es el hecho de que todas las obligaciones anteriores al momento en el que se fija el respectivo aviso en las oficinas del nominador, quedan sujetas a lo que se disponga en el acuerdo, razón por la cual no será posible para el empresario efectuar pagos, compensaciones, arreglos, conciliaciones o transacciones que tengan por objeto tales deudas, si no media la autorización previa del nominador.

De acuerdo con lo anterior es probable que durante el desarrollo de la negociación la empresa en reestructuración estime oportuno extinguir alguna de sus obligaciones o celebrar algún arreglo, conciliación o transacción y pida para tal efecto la autorización que exige el artículo 17, evento en el cual el nominador consentirá la operación siempre que esta sea necesaria, urgente y conveniente para la compañía.

Esto no quiere significar que tales arreglos o conciliaciones se puedan considerar como parte del acuerdo de recuperación que se va a celebrar como fruto de la negociación. Se trata de actuaciones paralelas que, si bien pueden ser favorables para la empresa al implicar, en la mayoría de las veces, una disminución de sus pasivos y una consiguiente reestructuración de algunas de sus obligaciones, no integran el acuerdo.

La Ley 550 establece que la negociación que se adelante conforme a sus disposiciones debe concluir, de ser viable la empresa y no presentarse el fracaso que prevé el artículo 28, con la celebración de un contrato plurilateral en el que intervengan como partes los acreedores internos y externos de la compañía.

El legislador disciplinó detalladamente dicho contrato en todos sus aspectos y respecto de su contenido el artículo 33 estableció que las reglas relativas a la constitución y al funcionamiento del comité de vigilancia, las condiciones de reestructuración de la deuda, el deber al ajustar en un plazo no superior a seis meses las prácticas contables y el código de conducta empresarial son las cláusulas que necesariamente debe contener. De igual manera, la Ley 550 definió las formalidades que debe cumplir el acuerdo y sobre este tema el artículo 31 precisó que en principio este constará íntegramente en un único documento que haya sido firmado por todos aquellos que votaron en su favor o por sus representantes legales o voluntarios, su contenido será reconocido por cada suscriptor ante notario público, ante el nominador o ante el promotor, que en este específico caso queda investido de tales funciones y deberá elevarse a escritura pública cuando incluya estipulaciones que requieran legalmente dicha formalidad. Así mismo, en aquellos eventos en los cuales el promotor, para facilitar la negociación coordina la deliberación y decisión por comunicación sucesiva, el acuerdo podrá componerse de varios documentos firmados por el votante respectivo y con reconocimiento de su contenido ante el nominador, ante el promotor o ante un notario público. En este último caso, a pesar de ser diferentes los instrumentos que conforman el acuerdo, en cada uno de ellos debe quedar plasmado, respecto de la totalidad del contenido que exige el artículo 33, el consentimiento del acreedor que votó de manera favorable (...).”

4. Análisis del dictamen pericial y de su objeción

El abogado de la parte convocante formuló una objeción por error grave al dictamen rendido por los expertos Ana Matilde Cepeda y Miguel Montes Swanson dentro del proceso. Antes de analizar en concreto los argumentos esgrimidos para sustentar la objeción, el tribunal tiene en cuenta las siguientes consideraciones:

a) La calificación de error grave de un dictamen pericial, está cualificada por la jurisprudencia de manera que el solo concepto de favorabilidad o desfavorabilidad o la mera discrepancia conceptual no lo configura:

“(…), si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...” (G.J. T . II, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando

equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “. .. no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva...”⁽⁶⁾

b) El dictamen objetado incluía diecisiete (17) temas diferentes, unos de carácter económico, otros de carácter contable y otros de carácter financiero. Sin embargo, los argumentos en los que se sustenta la objeción se concentra en uno solo de tales temas, razón por la cual el tribunal entiende que el apoderado de la parte convocante no objetó el dictamen en su integridad, sino tan solo aquella parte respecto de la que este argumentó que se incurrió en error grave.

c) El tema al que se refiere la objeción del abogado de la parte convocante es de carácter netamente financiero y la pregunta formulada por el mismo en la solicitud de peritazgo fue presentada en los siguientes términos (fl. 21, cdno. ppal.): “¿A cuánto asciende el ahorro financiero que las citadas compañías Vogue y Viseé obtuvieron al cambiar las condiciones de la deuda con los bancos y otros acreedores financieros y no financieros, con ocasión de la celebración del “acuerdo de reestructuración de Vogue y Viseé” en noviembre de 2000, en relación con las que tenían en el llamado “acuerdo de pagos de Vogue” de 1998?”.

Por tanto, al tratarse de un tema netamente financiero, el dictamen debió hacerse, teniendo en cuenta la realidad financiera de la operación y no su forma jurídica o su procedimiento contable, a menos que tal forma o procedimiento tuviesen impactos de tipo financiero.

d) Los ahorros que el apoderado de la parte convocante solicitó cuantificar a los peritos son los que surgieron de los efectos financieros de los cambios introducidos en las condiciones de las deudas en el acuerdo del año 2000 frente a las condiciones establecidas en el acuerdo del año 1998.

Visto lo anterior, se procederá entonces a estudiar los argumentos aducidos por el apoderado para sustentar su objeción, siguiendo el mismo orden en el que fueron presentados, así:

4.1. Del acuerdo con Leasing de Occidente

En este primer punto el apoderado describió la fórmula de arreglo propuesta a Leasing de Occidente, la cual se fundamentaba en que “(...) para las partes era claro que Vogue no era viable operacionalmente si debía cancelar los cánones causados durante la negociación y ejecución del acuerdo en virtud del contrato de leasing (...)”. El tribunal anota que Vogue no era viable si se veía abocada a tener que cancelar todas (es decir todas, no solo, la de leasing) sus obligaciones, no solo las emanadas del contrato de leasing, en la forma convenida en el acuerdo de pagos de 1998, lo cual fue la razón que fundamentó la utilización de los mecanismos previstos en la Ley 550 de 1999 y que motivó el cambio de las condiciones de **todas** las acreencias contempladas en el acuerdo de pagos de 1998. La mencionada fórmula, según el mismo apoderado, consistía en la terminación unilateral del contrato de leasing.

Continúa este expresando que la aplicación de dicha fórmula tenía dos consecuencias principales: el pago de las sanciones y multas previstas en el contrato, cuyo cálculo ascendía a \$ 6.791.261.470 mcte. y la restitución del inmueble, consecuencias sobre las cuales se acordó lo siguiente:

- Reducir la sanción en \$ 3.141.261.470, quedando un saldo insoluto de \$ 3.650.000.000 que se cancelaría con un crédito por parte de Leasing de Occidente por dicho valor.
- La entrega del inmueble en arriendo por el término de cuatro años por parte de Leasing de Occidente y en favor de Vogue, una vez este fuera restituido, con un canon mensual de \$ 27.000.000, incrementado anualmente según los índices de inflación (IPC).

Ahora bien, aunque el apoderado de los convocantes manifestó que la fórmula consistía en la terminación unilateral del contrato de leasing, debe entenderse que los anteriores acuerdos constituyen un todo, un conjunto que integra la fórmula de arreglo concertada por las partes durante la etapa de negociación del acuerdo de reestructuración celebrado a la luz de la Ley 550 de 1999, y que estos acuerdos constituyen los cambios respecto del contrato con Leasing de Occidente. Lo anterior, en la medida en que si se considerara que la fórmula consistía exclusivamente en la terminación del contrato de leasing, las consecuencias de su aplicación resultarían contrarias al objetivo de dar viabilidad a la empresa y habrían implicado su hundimiento definitivo, ya que no solo Vogue habría tenido que pagar inmediatamente una suma cercana a \$ 7.000 millones, y era evidente que no contaba con recursos suficientes para efectuar tal pago, sino que esta empresa se habría quedado sin posibilidad de operar, pues habría tenido igualmente que entregar el inmueble en el que se encuentran ubicadas sus plantas de producción.

4.2. De las consideraciones del dictamen

En su segunda consideración el apoderado objetante (fl. 353, cdno. ppal.) transcribe la metodología para proyectar las obligaciones con Leasing de Occidente resultantes del acuerdo del 2000, seguida por los peritos al elaborar su dictamen, metodología que se resume de la siguiente manera:

- La proyección del crédito otorgado por Leasing de Occidente para el pago de las obligaciones resultantes de la terminación anticipada del contrato de leasing (crédito por \$ 3.650.000.000).
- La proyección del pago de los cánones de arrendamiento por la utilización de la bodega y del pago del valor de compra del inmueble a la terminación del contrato de arrendamiento (\$ 3.047.431.788), que de acuerdo con el informe presentado por los asesores en julio 6 del 2000 (fls. 221 y ss., cdno. pruebas 1) sería la opción de compra ofrecida por Leasing de Occidente.

El apoderado de la parte convocante concluyó que como resultado de la metodología planteada, los peritos establecieron un ahorro financiero de las operaciones de crédito de \$ 7.503 millones, pero que por la operación con Leasing de Occidente se presentó un costo —desahorro— de \$ 2.195 millones, lo que implicó un ahorro neto de \$ 5.308 millones. Efectivamente, la metodología y las conclusiones descritas son las del dictamen.

4.3. De la objeción por error grave

a) De la inclusión del contrato de arrendamiento.

El primer argumento pretende demostrar el error en el que a su juicio incurrieron los peritos al incluir los cánones de arrendamiento del inmueble restituido como uno de los elementos de comparación para establecer el ahorro financiero. La base del argumento consiste en que “(...) técnicamente no se pueden comparar los costos generados por un canon de arrendamiento con los de un canon de leasing, porque si bien este último contrato a los ojos de un observador desprevenido podría asimilarse a un arrendamiento, en esencia jurídica y contable no lo es”.

Al respecto, el tribunal anota que aun considerando que existen diferencias jurídicas y contables entre las dos figuras, debe tenerse en cuenta que el dictamen solicitado a los peritos en relación con esta pregunta no era de carácter jurídico o contable, sino de carácter financiero, razón por la que su respuesta debía darse desde el punto de vista financiero.

Ahora bien, sobre este punto debe anotarse que los mecanismos de financiación utilizados por las empresas han evolucionado drásticamente en los años recientes. Si bien inicialmente la financiación del montaje y operación de las mismas se hacía fundamentalmente a través de aportes de capital de los socios y mediante la contratación de créditos, hoy en día se han desarrollado múltiples técnicas diferentes que pueden agruparse en lo que se conoce como ingeniería financiera. Como ejemplo de estas técnicas puede mencionarse la titularización de los recaudos de las ventas futuras de una empresa ⁽⁷⁾ o el propio leasing, figura esta última que parte de la base de que lo que la empresa requiere financiar no es realmente la compra de la propiedad de un bien productivo sino su derecho a usarlo. Puede mencionarse igualmente toda la gama de derivados y otros esquemas específicos que se estructuran sobre la realidad de una empresa en particular y que tienen en común la financiación de la operación de las empresas mediante la reorganización de sus flujos de caja para obtener mejores y más predecibles resultados financieros.

Con todo, es de aclarar que la evaluación del verdadero costo financiero de cualquiera de estas figuras exige apartarse de sus elementos puramente jurídicos y contables, para analizar los efectos que la figura tendría sobre los flujos de caja futuros de la empresa. Así, desde un punto de vista puramente contable podría alguien concluir que la titularización de una producción futura de petróleo no tendría costo financiero, pues no afectaría los rubros de intereses o rendimientos pagados; sin embargo, la realidad financiera de tal figura sería evaluada por un experto financiero por la reducción en los flujos futuros de ingresos de la empresa. Es decir, la evaluación de cualquier esquema financiero se realiza hoy en día mediante la proyección de los flujos de caja resultantes del mismo y su posterior evaluación con instrumentos como el denominado “valor presente neto”.

El acuerdo de reestructuración de Vogue y Viseé de noviembre de 2000 constituye claramente un ejercicio de ingeniería financiera que incluye la transformación de los créditos otorgados por los bancos en bonos de riesgo. También incluye el cambio del contrato de leasing financiero con Leasing de Occidente por un crédito y un esquema de leasing operativo.

Así las cosas, a juicio de este tribunal la manera de evaluar financieramente estas figuras era sin lugar a dudas la consideración de los flujos de caja resultantes del esquema, dentro de los cuales debía incluirse el pago de los cánones de arrendamiento.

b) Del problema de la opción de compra.

El argumento del apoderado objetante se basa también en este caso en que jurídicamente no resultan comparables los pagos resultantes de un contrato de leasing financiero y aquellos derivados de un contrato de arrendamiento que contemple una opción de compra, ya que en el primer caso (fl. 355, cdno ppal.) “en el pago del canon en el contrato de leasing dentro de los conceptos que se remuneran está el del precio del bien dado en leasing, de suerte que el mayor o menor valor que se pague dentro de estos cánones determinará la cuantía de la opción de compra al final del contrato”, al paso que en el segundo, “si se pacta una opción de compra, esta no tiene ningún valor dentro del canon. Simplemente consiste en otorgar la posibilidad al arrendatario de que, si lo considera, al final del contrato o antes si se ha previsto, tenga la posibilidad de comprar el bien arrendado, circunstancia que obliga al arrendador pero no al arrendatario. Pero eso es una facultad, una atribución”.

Al respecto debe reiterarse que el dictamen solicitado a los peritos en relación con esta pregunta era de carácter financiero, y que por tanto, su respuesta debía darse dentro de este contexto.

Así mismo debe anotarse que si bien desde el punto de vista jurídico Vogue no estaba obligado a comprar el inmueble, desde el punto de vista financiero sí estaba obligado a financiar el uso de una bodega que le permitiera continuar su producción en el momento de la terminación del contrato de arrendamiento. Para este fin podrían contemplarse soluciones como renovar el contrato de arrendamiento, comprar o arrendar una bodega distinta a la que trasladaría su planta de producción o ejercer la opción de compra. Cualquiera de ellas, enfatiza el tribunal, cualquiera de ellas, tendría efectos en los flujos de caja de la empresa que financieramente habrían tenido que ser evaluados para determinar sus costos y poder así establecer el verdadero ahorro o costo financiero de la fórmula adoptada en el acuerdo del año 2000 frente al acuerdo del año 1998. Los peritos optaron por considerar la opción de compra del inmueble, siguiendo lo que los propios asesores indicaron en su memorando del 6 de julio de 2000 (fl. 221, cdno. pruebas 1). Adicionalmente, es de anotar que en el original del contrato de leasing existía también una opción de compra que la empresa estaba en libertad jurídica de acoger o no. En este caso, los peritos, acertadamente, también incluyeron el ejercicio de dicha opción de compra dentro de las proyecciones de los flujos de caja elaboradas para rendir su dictamen.

En consecuencia, el tribunal no considera que exista error en la inclusión del pago de la opción de compra, por cuanto el dictamen que debían rendir los peritos debía incluir la evaluación de **todos** los efectos financieros de la fórmula adoptada. Su no inclusión hubiera llevado a falsas conclusiones sobre los ahorros financieros obtenidos.

c) Del informe de expertos.

El memorial del apoderado de la parte convocante incluye un concepto emitido por la firma Valor y Estrategia S.A. en el cual dicha firma excluye los costos generados por el arriendo y la opción de compra y llega a

conclusiones diferentes a las del dictamen de los peritos.

Por las consideraciones antes expuestas no considera el tribunal que hubo error por parte de los peritos al incluir los valores anotados en la evaluación de los ahorros financieros.

4.4. De la procedencia de la objeción

Teniendo en cuenta que el dictamen solicitado a los peritos en relación con la pregunta 9 es de tipo financiero, el error en que los mismos hubieran podido incurrir debería encontrarse también en razones de tipo financiero que identificaran errores que hubieran sido determinantes de las conclusiones a que llegaron los peritos.

La argumentación en la que se sustenta la objeción es de naturaleza jurídica, ya que aduce que la misma resulta procedente, dado “que es claro para nosotros que al haber los peritos tenido como circunstancias comparables los cánones de arrendamiento y el valor de la opción de compra le estaban dando un alcance probatorio a dichos hechos que no corresponde al que realmente tienen”. Tal como se ha señalado previamente, no correspondía a los peritos realizar evaluaciones probatorias ni cualquier otra de carácter jurídico. Les correspondía hacer evaluaciones financieras, en las cuales cabe perfectamente la comparación de los efectos financieros del pago de unos cánones de arrendamiento y el valor de una opción de compra frente a los efectos financieros del pago de unos cánones de un contrato de leasing y de la opción de compra propia de este contrato.

Como lo anota el apoderado, citando el auto de la Corte Suprema de Justicia del 8 de septiembre de 1993, expediente 3446, el error grave consiste en “(...) el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven”.

El objeto de observación en la respuesta objetada incluía evaluar los cambios en las condiciones de las deudas con Leasing de Occidente efectuados en el acuerdo de reestructuración de Vogue y Viseé de 2000 en relación con la que tenía en el “acuerdo de pagos de Vogue” de 1998, y fue exactamente este el objeto observado. La evaluación se hizo sobre los flujos de caja proyectados de la figura original en relación con los resultantes de las modificaciones, que corresponde a la técnica financiera habitual para estas evaluaciones, sin cambiar las características, cualidades o atributos financieros del objeto observado.

Así las cosas, no puede afirmarse que los peritos tomaron como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, ni que cambiaron las cualidades propias del objeto examinado o sus atributos. Se circunscribieron, precisamente, al comparar el impacto **financiero** de la fórmula acordada bajo la égida de la Ley 550 de 1999 vis a vis la fórmula acordada en 1998 con los acreedores financieros.

Como consecuencia del análisis efectuado, este tribunal desestima la objeción de error grave en relación con el punto 9 del dictamen de los peritos Ana Matilde Cepeda y Miguel Montes Swanson presentada por el apoderado de la parte convocante.

5. De la tacha de testigos

El Código de Procedimiento Civil confiere a las partes en el artículo 218 la facultad de tachar los testigos citados por la otra parte y fija la forma y oportunidad como debe formularse, lo que debe ser apreciado por el juez en la sentencia.

Conforme consta a folio 496 del cuaderno de pruebas 2, el apoderado de las convocadas al final de su interrogatorio tachó a la testigo Martha Patricia Martínez “debido a la dependencia o relación laboral que existe, con la parte demandante”, toda vez que trabaja en la oficina del doctor Suárez desde hace cinco años, como ella misma lo informó al tribunal.

Prima facie la testigo en cuestión recae dentro de las personas que relaciona el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil según el cual:

“Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.

Respecto a estos testigos es reiterada la jurisprudencia en el sentido de reconocer que:

“La ley no impide que se reciba declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se la aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso que aquel por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha”.

Y agrega:

“Cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos”.

Con el debido tamiz que aconseja el procedimiento, el tribunal encuentra que el testimonio de la doctora Martínez fue ilustrativo, claro y detallado de toda la actividad desarrollada por la oficina del doctor Suárez, uno de los asesores, durante el desarrollo del contrato de prestación de servicios, y que todo lo que ella declaró en estrados coincide con las demás piezas probatorias, sin contradecir ninguna de ellas.

Para el tribunal no cabe la menor duda de que la deponente tiene pleno y profundo conocimiento de los hechos y actuaciones sobre los cuales dio su versión ante el mismo, y considera que lo hizo con profesionalismo y equilibrio, razón por la cual no tiene motivo alguno para dudar de la imparcialidad de la misma. En consecuencia no prospera la tacha formulada y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

6. De los hechos de la demanda y de la reconvención probados en el proceso

Del análisis y valoración jurídica practicada por el tribunal a las pruebas recaudadas encuentra que se prueban de manera incuestionable los siguientes hechos fundamentales y básicos:

1. Que en el año de 1999 las compañías demandadas Laboratorios Cosméticos Vogue S.A. y Vissé(sic) Internacional Cosmetics S.A., hoy en reestructuración, atravesaban por una situación económica comprometida.
2. Que dicha situación presagiaba el incumplimiento del acuerdo de pagos celebrado con los acreedores financieros en 1998, como resultó a la postre.
3. Que los convocantes y los convocados celebraron reuniones con el fin de lograr la vinculación profesional de los primeros para la prestación de sus servicios a los segundos, vinculación tendiente a que bajo su condición de abogados expertos en asesoría jurídica financiera buscaran y elaboraran una “fórmula de solución” para “proponer a los acreedores financieros” con el fin de “pactar con ellos las modificaciones al “acuerdo de pagos” que suscribieron el 11 de diciembre de 1998”.
4. Que existe una propuesta de servicios, que ratifica lo anterior, fechada el 1º de octubre de 1999, y que como consecuencia de ella se firma por las partes en este proceso, el denominado “contrato de prestación de servicios profesionales” a los 6 días de octubre de 1999, documento que fue redactado por los convocantes.
5. Que dicho contrato consagraba la remuneración a los convocantes, por sus servicios profesionales, condicionada en algunos de sus rubros a la realización de ciertos eventos:
 - a) Un anticipo de \$ 100 millones de pesos, pagadero en 10 cuotas iguales “**independientemente del resultado de la gestión**” (resalta el tribunal).
 - b) Una **comisión de éxito** equivalente al 15% de la diferencia entre las **tasas** contempladas en el acuerdo de pagos de Vogue suscrito con las entidades financieras acreedoras el 11 de diciembre de 1998 y las que se obtengan con la **modificación** cuya gestión se proponía mediante la carta contrato, con exclusión de lo ya acordado con Bancóldex

(negrillas del tribunal), y

c) En caso de que hubiera que recurrir al concordato, la suma fija de \$ 100 millones de pesos se incrementaría en 33%.

6. Que los convocantes desarrollaron una importante gestión profesional, tanto durante la etapa previa al proceso concursal de la Ley 550 de 1999, como en la época anterior a la firma del acuerdo de reestructuración entre las empresas Vogue y Viseé y sus acreedores, así como durante el proceso de adecuación a lo por ella preceptuado.

7. Que dentro de esa labor desarrollada por los convocantes, se destaca la clasificación jurídica de la titularidad de las marcas garantes del acuerdo de pagos de 1998, así como la coadyuvancia en la solución al escollo de índole laboral que significaba la relación de María Cortés de Chaves, frente a los acreedores financieros.

8. Que como consecuencia de la subsumisión y admisión dentro de los presupuestos de la Ley 550 de 1999 para las entidades convocadas, se produjo el acuerdo de reestructuración a que obliga la Ley 550 de 1999 con miras a precaver la consecuente liquidación en caso de no haberlo.

9. Que dicho acuerdo tuvo como promotor en los términos de ley, designado por la Superintendencia de Sociedades, a Miguel Ricaurte L., a partir del 4 de agosto de 2000 quien desarrolló sus funciones hasta la culminación de la labor de promoción que la ley encomienda, la cual concluye con la celebración del acuerdo de promoción y su posterior implementación.

10. Que no obstante la gestión de los convocantes, manifestada en las fórmulas propuestas a los acreedores, la promesa de voto, la transacción laboral de María Cortés de Chaves, la aclaración jurídica pertinente de la titularidad de las marcas, y demás actividades desarrolladas por ellos, las empresas convocadas tuvieron que optar por el proceso de reestructuración de la Ley 550 de 1999. Es decir, no fue posible lograr la modificación de que trataba el numeral pertinente del contrato en cuanto a la comisión de éxito se refería.

11. Que de los documentos y declaraciones que se acopiaron en el proceso, particularmente, del peritazgo realizado a solicitud de las 2 partes, por los peritos: Ana Matilde Cepeda y Miguel Montes, se concluye:

a) Que el ahorro financiero, para los efectos de la presente *litis*, y dada la coincidencia conceptual de las 2 partes en su definición ⁽⁸⁾, se entiende como el valor resultante de la diferencia entre la carga financiera (definida por los peritos como: el valor presente del servicio de la deuda, esto es los intereses y la amortización del capital) con motivo de la celebración del acuerdo del 11 de diciembre de 1998 con las entidades financieras y el que se obtuviere de la concertación con los acreedores financieros (Cfr. 1.2 del contrato de prestación de servicios).

b) Que el ahorro financiero, calculado por los peritos y de acuerdo con la definición anterior, aplicada a la comparación entre el acuerdo de 1998 y el resultante de la aplicación de la Ley 550 de 1999, es la suma de \$ 5.308 millones de pesos (fl. 650, cdno. pruebas 2).

c) Que dicho ahorro financiero, los \$ 5.308 millones de pesos, excluye el ahorro no financiero puesto que en el acuerdo de 1998, no se contemplaron pasivos no financieros por lo que no existe base para comparar y obtener la resultante ahorro. Amén de que no eran parte del contrato de prestación de servicios profesionales en cuanto a la comparación para la determinación de la comisión de éxito se refiere.

d) Que el pasivo de la operación de leasing con Leasing Progreso —hoy Leasing de Occidente— establecida en el acuerdo de 1998 permaneció inalterado en cuanto a sus condiciones pactadas inicialmente. Es decir que el acuerdo de 1998 dejó inalteradas las condiciones de dicho leasing.

e) Que dichas condiciones —entiéndese en 1998— implicaban una carga financiera, por el contrato de leasing inicialmente pactado de \$ 6.281 millones de pesos (Cfr. peritazgo: págs. 45 y 52, cuadros 2 y 14).

f) Que con motivo de la solución planteada por los asesores convocantes, y la propia Leasing de Occidente (Cfr. declaración de Esguerra y Gómez) vale decir, la terminación del contrato de leasing, este se convirtió en una operación financiera que se compuso de una cancelación de un pasivo por \$ 3.141 millones y un saldo de \$ 3.650

millones, en un crédito directo otorgado por Leasing de Occidente. Total: \$ 6.791 millones.

g) Que por la acción anterior, las entidades convocadas tuvieron que obligarse a arrendar el inmueble “indispensable” ⁽⁹⁾ que anteriormente estaba para su uso, por virtud del leasing que se tenía, a un canon de \$ 27 millones mensuales con incrementos anuales del IPC y a perder lo ya cancelado por concepto de “la proporción que amortiza a la opción de compra” ⁽¹⁰⁾ de dicho bien inmueble.

12. Que las entidades convocadas, una vez firmado el contrato de prestación de servicios profesionales, objeto de la *litis*, deberían haber registrado, como lo exigen las normas contables, la contingencia u obligación condicional en las notas de sus estados financieros referente a la posible comisión de éxito, lo cual no hicieron.

7. Excepciones de las convocadas

Procede el tribunal en este acápite a estudiar las defensas de las convocadas contenidas en las contestaciones a la demanda y advierte que su apoderado propuso las excepciones de mérito que denominó “carencia de derecho, pago, remisión, compensación, prescripción, caducidad, petición anticipada, falta de competencia, petición excesiva, nulidad relativa, ineptitud sustantiva de la demanda, ineptitud procesal y formal de la demanda, y en general todas las que resulten probadas”(fls. 64 (Vogue), 89 (María Cortés) y 116 (Viseé), cdno. ppal.).

Como se observa en los escritos correspondientes solamente se enunciaron sin soporte en razones o fundamentos las excepciones propuestas. Igualmente encuentra el tribunal que respecto a estas excepciones no hubo pronunciamiento alguno por parte del apoderado de las convocadas que las propuso, en su alegato de conclusión, lo que conduce a concluir que este estimó no haber probado ninguna.

Ante la imprecisión del tema en comento y a pesar del estudio exhaustivo del material probatorio allegado al proceso, el tribunal no encuentra probados hechos que constituyan una excepción, razón por la cual procede la desestimación de las enunciadas.

8. Análisis crítico del contrato y de las pruebas y solución del tribunal

Es evidente que la fecha de celebración del contrato corresponde a la época de vigencia de la figura concursal del concordato. Las partes conocían de esa situación del ordenamiento jurídico. Posteriormente, en el desarrollo del contrato, el régimen jurídico concursal se vio modificado por la Ley 550 del 30 de diciembre de 1999. Las partes por su conducta y accionar aceptaron el que la situación concursal de que trataba el contrato en su cláusula 2.3 había sido reemplazada por la situación concursal prevista en la Ley 550 de 1999. Es decir, mientras la Ley 550 de 1999 ponía en hibernación jurídica al concordato, los acuerdos de reestructuración suplían ese vacío. Pero, para el tribunal es claro que la intención contractual de las partes al celebrar el contrato tenía como etapa tercera secuencial, el concordato. Previa a ello, estaba la fórmula preconcursal de la modificación al acuerdo de acreedores financieros. Obviamente que una negociación de una mejora de una fórmula de acreencias sin la presencia de una aceptación en el proceso de la Ley 550 de 1999 (o en el de una situación concordataria) es más complicada que una negociación para un acuerdo concursal en el que los acreedores lo que deben procurar es el reconocimiento de sus créditos y no una fórmula salvadora, la cual vendrá después bajo la regencia de la Superintendencia de Sociedades. Por ello la escala y el orden secuencial muestran al tribunal, el que la comisión de éxito en disputa estaba pactada para la fórmula previa a la etapa concursal y no para su desarrollo.

Los esfuerzos, como todos los participantes en este proceso los conocen, son muy diferentes en su grado de intensidad y dedicación, así como en los obstáculos e inconvenientes que el sector de dicha fórmula debe alcanzar en esa etapa previa. Así pues, el tribunal encuentra que el orden establecido en la forma sucesiva pactada de los honorarios mediante la secuencia en que se escribió y acordó el contrato, refleja esas etapas de causación de los honorarios, con su inicio y terminación.

Mal podría ser de otra forma, ya que se podría llegar a la perversa situación en que en un caso más gravoso para los intereses del cliente (v. gr.: la causación de las 3 etapas de la asesoría) este, tuviera que cancelar una suma mayor por honorarios a sus asesores que si se hubiera llegado solo a la etapa 1 y 2 de los honorarios pactados bajo las cláusulas (2.1) y (2.2). No considera el tribunal que esa fuera la intención de la oferta, ni del contrato firmado y, mucho menos, el entender de las partes. Por ello, para el tribunal es claro, que los honorarios estaban regidos por

etapas y que ellas eran secuenciales. Así lo ayuda a soportar la cita que de lo argüido por el apoderado de los convocantes en el alegato de conclusión se trae enseguida: “Lo anterior supone que no se puede tomar de manera aislada una cláusula, sino que es necesario hacerlo en el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, coordinando todas las cláusulas entre sí”(fl. 415, cdno. ppal.).

Para el tribunal la recta interpretación del numeral 2.2 de la cláusula segunda del contrato origen de la *litis* es la que ha dejado plasmada aquí, en consideración a las normas de hermenéutica consagradas en los artículos 1618 y ss. del Código Civil.

El tribunal disiente de lo afirmado por los convocantes, respecto de los beneficios superiores que acarrea estar incurso en el proceso de reestructuración de la Ley 550 de 1999. Comercialmente el status e imagen de una empresa en situación concursal no son las mismas que las de una empresa en situación de reestructuración de pasivos financieros. En la primera, la empresa llama a todos sus acreedores sin excepción, vía la Ley 550, a concordar una reestructuración de pasivos. En la segunda solo a los financieros. En ambos casos, lo pretendido era impedir la liquidación, —como bien lo han reconocido las dos partes—, primeramente, en una etapa preconcursal entendida como la reestructuración de pasivos, o, si esto no se lograba, en un régimen concursal de la Ley 550 de 1999 (sucedáneo del concordato). Este último consecuencia posterior en tiempo. Así, se seguía el orden y secuencia acordados en el contrato.

Además, resalta el tribunal que el acuerdo de reestructuración de la Ley 550 de 1999 solo requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de los acreedores del concursado, mientras que para la modificación del acuerdo de acreedores financieros suscrito en 1998 con las compañías Vogue y Viseé era menester el 100% de los votos de estos, o sea que debía aprobarse por unanimidad.

Si el concordato —y el tribunal se refiere a él pues fue factor de la contratación— supusiera una serie de beneficios superiores a la renegociación de los pasivos, mal estarían los asesores en haber pactado una comisión de éxito para una etapa en que solo se reestructurarían pasivos financieros. Mal para sus propios intereses y mal para sus clientes asesorados, desde el ámbito comercial. No era pues la solución que más beneficiaba al cliente, ya que al entender del tribunal, lo buscado por el contrato fue inicialmente el acuerdo financiero. De lo contrario, si la solución concursal era tan apetecible y deseada por las partes, por qué no suscribirla simplemente ella, eliminando la mención al acuerdo financiero. Este sobraría en dicha interpretación y mal harían las partes en acordar esa solución a la problemática tratada si lo conveniente y prudente y más beneficioso era el concordato.

Pero lo que tampoco escapa al tribunal, es que el cambio en el régimen concursal, trajo consigo una situación jurídica desconocida para las partes, es decir, —no trajinada aún el campo de la asesoría jurídica—, la cuál representaba y representó para los asesores un esfuerzo mayor que el pactado en el contrato para el manejo de una situación concursal —el concordato— que ya era conocida y de la cual existía un gran cúmulo de experiencias jurídicas. Esta labor, diferente a la pactada, requirió un mayor esfuerzo que el que hubiera requerido una situación concordataria. Era obvio pues se estrenaba un nuevo procedimiento concursal, prueba de ello el caso de los bonos accionarios que por primera vez en la aplicación de la Ley 550 de 1999 fueron emitidos con ocasión del presente caso. Por ello, el tribunal transcribió atrás la comunicación de la Superintendencia de Sociedades que muy bien resume los alcances de la nueva normatividad y la actividad profesional que debía desplegarse conforme a sus previsiones. Y por ello el tribunal ha de reconocer con miras a restablecer el equilibrio contractual, —que de no ser así se vería menguado—, y más aun cuando en procura de la equidad se lauda, que a los convocantes les es debida una suma por concepto de la gestión profesional descrita con especial detalle, lógica y *sindéresis* por la testigo doctora Martha Patricia Martínez —cuya tacha de plano se rechaza en este laudo—, en la que se muestra esa labor que fue provista, no negada en momento alguno por los convocados, loada en cartas y comunicaciones y que para el tribunal correspondió a un trabajo profesional, más allá del manejo de un concordato. De no hacerlo así, reitera el tribunal, esa labor profesional no prevista pero sí desarrollada por los convocantes, no sería remunerada en su dimensión justa por lo novedosa, no obstante ser ya una labor para asesorar en una situación concursal, es decir después de fallida la etapa de negociación para la modificación del acuerdo financiero de 1998.

Por todo lo antes expuesto en este acápite el tribunal estima que no hay lugar al reconocimiento de la comisión de éxito solicitada por los demandantes y habrá de denegar la pretensión correspondiente y sus consecuenciales.

9. Demandas de reconvención

La parte demandante en reconvención consigna en la pretensión principal de sus demandas lo siguiente:

“Se declare que no hay lugar al pago de la “comisión de éxito” a favor de los demandados y a cargo de la demandante”.

Consecuente con la decisión adoptada en el acápite anterior el tribunal considera que debe declarar la prosperidad de la pretensión principal de las demandas de reconvención, y así lo hará en la parte resolutive de este laudo.

No requiriéndose pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias por haber prosperado la pretensión principal de las demandas de reconvención, en todo caso estima el tribunal importante hacer la siguiente puntualización:

De la nulidad relativa del numeral 2.2 de la cláusula segunda.

En primer término observa el tribunal que los signatarios del contrato de prestación de servicios profesionales de 6 de octubre de 1999, lo fueron como contratantes María Cortés de Chaves, Carlos Chaves Cortés y José Roberto Chaves Cortés, actuando en nombre propio y como representantes legales de Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. y de Viseé Internacional Cosmetics S.A., y que no se precisó en la demanda de reconvención el error en el consentimiento de cual de estas personas naturales o jurídicas fue el que se vio viciado y que, en consecuencia, conduciría a la supuesta nulidad relativa de la correspondiente cláusula.

Como el alegato de conclusión del apoderado de la convocada se refiere respecto a este tema en forma precisa a doña María Cortés de Chaves, el tribunal se concreta a esta para manifestar que no comparte la tesis de que existe una supuesta nulidad relativa del contrato por error al momento de manifestar su consentimiento la signataria María Cortés. El error con el que aquí se pretende cobijar a la declarante, no está probado y, por el contrario lo que sí es claro es que ella no puede alegar como mujer empresarial reconocida que firma sin saber a lo que se compromete.

Destaca aquí el tribunal que casi en forma unánime los testigos que rindieron declaración sobre los hechos del proceso, reconocen que Vogue era empresa de familia, que no se modernizó en términos de gerencia, lo que le daba gran debilidad administrativa, pero que salió adelante y creció a los niveles en que lo hizo dado el empuje empresarial de doña María, líder indiscutida de todo el manejo de las empresas.

Si los convocantes hubieran logrado la fórmula mejorada de pasivos financieros, en la etapa previa a la concursal, no cabría la menor duda que esa comisión de éxito —pues allí existiría el éxito— se hubiera causado y se debía.

No es necesario el recurrir a esa muletilla del error del consentimiento para buscar un resultado favorable. No cabe, no aplica y no se demostró, por que no era posible demostrarlo. La mención no es prueba y menos cuando proviene del supuesto equivocado. Aquí también es procedente la reflexión sobre la buena fe testimonial. ¿Cómo sí sabían de la exclusión de Bancóldex? ¿Cómo sí fueron cuidadosos en excluirla del cálculo de la comisión?

El acuerdo de los asesores y doña María, sus hijos y sus compañías se dio previa oferta de servicios por parte de aquellos, lo que indica que conforme a la ley hubo oferta y aceptación y, en consecuencia, se obtuvo el consentimiento de los contratantes libre de vicios y dentro de la plena libertad contractual. Por ello encuentra el tribunal que no se configura en el caso *sub lite* el error que vicia el consentimiento previsto en los artículos 1510 y 1511 del Código Civil que pueda dar lugar a la declaratoria de nulidad relativa de la cláusula cuestionada.

10. Excepciones a las demandas de reconvención

Conforme se dejó establecido atrás en este laudo los demandados en reconvención propusieron las excepciones de mérito que denominaron “Inexistencia de las pretensiones, improcedencia de la pretensión de nulidad como vicio del consentimiento, incompetencia de jurisdicción, el demandante no puede alegar su propia culpa, y la que establezca o verifique el tribunal de arbitramento de acuerdo a la sana crítica el juzgador de instancia”.

El tribunal manifiesta con relación a la primera que en el momento procesal apropiado se admitió la demanda de reconvención y, en consecuencia, la competencia para conocer y definir las pretensiones de la misma. Si bien

podrían haberse propuesto como excepciones las peticiones de la demandante en reconvencción, el hecho de no haber presentado la *litis* en tal forma no afecta el fondo del asunto, por lo cual el tribunal la desestima.

Sobre la segunda excepción se pronunció el tribunal antes frente a lo pedido subsidiariamente por el apoderado de los demandantes en reconvencción. No obstante lo anterior, como lo alegado en este caso es la improcedencia de la pretensión como tal, el tribunal se remite a lo definido allá para denegarla.

La excepción de incompetencia de jurisdicción la hace consistir el apoderado actor en que la cláusula compromisoria del contrato de prestación de servicios no le da atribuciones al tribunal para modificar la comisión de éxito convenida. Como ya se ha estudiado en otros apartes del laudo, el tribunal se aparta de esta apreciación por considerar que la decisión en conciencia le permite recrear el derecho y definir frente al contrato sometido a su consideración conforme a lo que encuentre probado. Por ello también denegará esta excepción.

El tribunal está de acuerdo con el excepcionante con el principio de que nadie puede alegar su propia culpa; sin embargo frente al sentido de la excepción propuesta considera improcedente el argumento, toda vez que ha sido precisamente el alcance de la cláusula de remuneración del contrato el objeto de la *litis*. En consecuencia esta excepción también será negada.

Finalmente, ante la excepción genérica propuesta, el tribunal advierte que no encontró probados hechos que constituyan alguna otra excepción.

11. De la buena fe y el deber profesional

Así como en aparte separado de este laudo se llama la atención sobre la necesidad de guardar la buena fe testimonial en el caso de la declarante María de Chaves, el tribunal llama también su atención al deber de los profesionales del derecho en el sentido de esa mayor exigencia que a ellos les incumbe en cuanto a la redacción y el explicitar del contenido de los contratos de prestación de sus servicios profesionales, —la mayoría de las veces, como en el presente— redactados por ellos mismos. Considera el tribunal que siendo ellos la parte redactora, el oportuno explicitar la existencia de un pasivo contingente, fruto del contrato de servicios profesionales, se convierte en deber de los profesionales del derecho para que se haga con la suficiente amplitud, de tal forma que todos los participantes en el devenir de los asesorados tengan siempre en cuenta tal contingencia.

Para el tribunal, no se puede asimilar a pasivo contingente, el pasivo oculto. Este último, tiene un contenido desconocido, que un honorario profesional así sea condicionado al éxito, no puede tener y menos aun cuando se argumenta que su no divulgación corresponde a una estrategia para el logro del éxito de la gestión a ellos encomendada. No es de recibo para el tribunal el argumento aquí esgrimido de que no fueron explicitados los honorarios de éxito porque el hacerlo impediría el éxito.

12. Costas

Las sumas fijadas para gastos y honorarios del tribunal fueron pagados por ambas partes por mitades conforme a la ley; igualmente los honorarios de los peritos y los gastos ocasionados con ocasión del dictamen pericial contable y financiero fueron cancelados por ellas en la misma proporción. En consideración a la naturaleza del fallo que proferirá el tribunal se dispondrá que cada parte asuma plenamente los gastos en que incurrió con ocasión del proceso, por lo cual el tribunal se abstendrá de proferir condena en costas, según lo dispuesto por el numeral 5° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

13. Consideración final del tribunal

Para proferir fallo en conciencia no existe sometimiento al principio de la congruencia, que delimita en el marco de las pretensiones y excepciones el pronunciamiento del fallador, por cuanto ha dicho la jurisprudencia que el árbitro en conciencia:

“(…) debe consultar la equidad para resolver el asunto sometido a su decisión.

Sería contradictorio exigirle a un árbitro que se le ha facultado para decidir en conciencia que esta la enmarque en

determinados parámetros y que su consideración de que el resultado debe ser en determinado sentido, por ser la solución equitativa al conflicto que se le ha puesto en su conocimiento, no puede ser pronunciada por una imposición de carácter estrictamente legal.

La Sala estima que tal preceptiva legal no tiene cabida en los fallos proferidos en conciencia, pues estos obedecen a la facultad de exigir *ex aequo et bono* que traduce “conforme a la equidad según el leal saber y entender” ⁽¹¹⁾.

Y más adelante señala:

“Todos los parámetros dados por la jurisprudencia, la doctrina, la crítica y la hermenéutica a los árbitros que han de producir un fallo en equidad, se refieren exclusivamente a ella, indicándoles que no pueden desconocer la situación objetiva.

De donde decidir en equidad equivale a que el árbitro pueda crear el derecho aplicable al caso particular con abandono de las referencias estrictamente legales”.

El tribunal tiene en cuenta para proferir su decisión la actividad desplegada por los asesores durante la ejecución contractual, que como antes lo advirtió rebasa la finalidad misma del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito antes de la vigencia de la Ley 550 de 1999 y que implicó una carga de gestión adicional a la prevista a la concertación de la asesoría, como se dejó expresado.

III. Parte resolutive

En mérito de las consideraciones que anteceden, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir en conciencia las controversias patrimoniales suscitadas entre César Ucrós Barros y Édgar Suárez Ortiz, por una parte, y Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. —en reestructuración—, Viseé Internacional Cosmetics S.A. —en reestructuración— y María M. Cortés de Chaves, por la otra, de que da cuenta el presente proceso, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Decláranse no probadas las excepciones de mérito propuestas por las partes en este proceso.
2. Niéganse todas las pretensiones de la demanda de César Ucrós Barros y Édgar Suárez Ortiz.
3. Declárase que no hay lugar al pago de la comisión de éxito a favor de César Ucrós Barros y Édgar Suárez Ortiz y a cargo de Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. —en reestructuración—, Viseé Internacional Cosmetics S.A. —en reestructuración— y María M. Cortés de Chaves.
4. Niéganse las demás súplicas de las demandas de reconvenición.
5. Como solución equitativa determínase que Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. —en reestructuración—, Viseé Internacional Cosmetics S.A. —en reestructuración— y María M. Cortés de Chaves deben pagar a César Ucrós Barros y Édgar Suárez Ortiz la suma de ciento cuarenta millones de pesos (\$ 140.000.000) moneda corriente, en dos cuotas mensuales iguales sucesivas a partir de la ejecutoria de este laudo, como remuneración adicional al contrato de prestación de servicios profesionales de 6 de octubre de 1999.
6. Recházase la tacha de la testigo Martha Patricia Martínez formulada por el apoderado de los convocados.
7. Desestímase la objeción por error grave formulada por el apoderado de la parte convocante al dictamen pericial contable y financiero por las razones expuestas en la parte motiva.
8. Sin costas para las partes procesales.
9. Expídanse por secretaría copias auténticas del presente laudo a cada una de las partes (CPC, art. 115, num. 2°).
10. Protocolícese el expediente contentivo de este laudo en una notaría del círculo de Bogotá, D.C.

Notifíquese y cúmplase.

Tabla de contenido

I. Antecedentes

1. El trámite arbitral
2. Presupuestos procesales
3. Pretensiones
4. Excepciones
5. Los hechos
6. Pruebas decretadas y practicadas
7. Alegatos de conclusión

II. Consideraciones del tribunal

1. El contrato y la controversia en torno al mismo
2. El fallo en equidad: la acepción propia
3. Pruebas documentales y declaraciones relevantes
4. Análisis del dictamen pericial y de su objeción
 - 4.1. Del acuerdo con Leasing de Occidente
 - 4.2. De las consideraciones del dictamen
 - 4.3. De la objeción por error grave
 - a) De la inclusión del contrato de arrendamiento
 - b) Del problema de la opción de compra
 - c) Del informe de expertos
 - 4.4 De la procedencia de la objeción
5. De la tacha de testigos
6. De los hechos de la demanda y de la reconvención probados en el proceso
7. Excepciones de las convocadas
8. Análisis crítico del contrato y de las pruebas y solución del tribunal
9. Demandas de reconvención
10. Excepciones a las demandas de reconvención
11. De la buena fe y el deber profesional
12. Costas
13. Consideración final del tribunal

III. Parte resolutive

Cristian Mosquera Casas, presidente y árbitro único—*Florencia Lozano Reveiz*, secretaria.
