

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., 15 de febrero de 2018.

Habiendo cumplido el trámite correspondiente y estando dentro de la oportunidad para laudar, procede el Tribunal de Arbitraje a dictar el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por la firma **BEST LUCK S.A., y el señor ANTONIO BOTERO ASPRILLA** en contra de **ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE PALACIOS, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ y BENJAMÍN RODRIGUEZ MEDINA RODRÍGUEZ Y OTROS**, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos relevantes de este proceso.

I. ANTECEDENTES

1. PARTES PROCESALES:

A. PARTES CONVOCANTES:

BEST LUCK S.A., representada legalmente por el señor **MANUEL ANTONIO CARVAJAL GARCÍA**, cuyo apoderado judicial es el Dr. **JULIÁN SOLORZA MARTÍNEZ**.

ANTONIO BOTERO ASPRILLA, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.045.562, cuyo apoderado judicial es el Dr. **CAMILO ERNESTO FORERO BARRERA**.

B. PARTES CONVOCADAS:

ALIANZA FIDUCIARIA S.A., entidad legalmente constituida, identificada con NIT. 860.531.315-3, en su doble condición de sociedad anónima y de administradora del patrimonio autónomo **MANZANILLOS DEL MAR**, representada legalmente por el señor **LUIS FERNANDO GUZMÁN ORTIZ**, cuyo apoderado es el Dr. **DANIEL POSSE VELÁSQUEZ**.

AKTANI S.A., sociedad legalmente constituida, identificada con NIT. 800.208.342-0, representada legalmente por el señor **ALI HACHEM DAHROUGH**, cuyo apoderado es el Dr. **ROBERTO JESÚS NÚÑEZ ESCOBAR**.

CARLOS PÍO URIBE PALACIO, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.154.250 de Bogotá, cuyo apoderado es el Dr. **ROBERTO JESÚS NÚÑEZ ESCOBAR**.

CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.279.782 de Bogotá, sin representación judicial.

BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.288.593 de Usaquén, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. **GILBERTO ÁLZATE RONGA**.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., sociedad legalmente constituida, identificada con NIT. 800.187.315-1, representada legalmente por el señor **ISAAC MILDENBERG MARTAHAIN**, sin representación judicial.

C. PARTES CONVOCADAS EN VIRTUD DE LA INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO POR PASIVA:

FEDCO S.A, sociedad legalmente constituida, identificada con NIT. 890.109.640-3, representada legalmente por la señora **MARÍA CONSUELO PAREJA SIERRA**, cuya apoderada es la Dra. DIANA LORENA MATEUS LONDOÑO.

INVERSIONES EILAT S.A, sociedad legalmente constituida, identificada con NIT. 802.001.159-6, representada legalmente por el señor **JUAN GUILLERMO RUIZ**, cuya apoderada es la Dra. DIANA LORENA MATEUS LONDOÑO.

PROYECTOS GERENCIALES LTDA. EN LIQUIDACIÓN, sociedad legalmente constituida, identificada con NIT. 800.247.375-1, representada judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

SANDOVAL VIVAS 95 LTDA, sociedad legalmente constituida, identificada con NIT. 830.005.709-7 representada legal y judicialmente por la señora LUZ MARCELA SANDOVAL VIVAS.

JAIRO HERNÁN ÁLVAREZ TAMAYO, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

MARÍA CRISTINA ARANGO TORO, sin representación judicial.

JUAN GONZALO ARANGO TORO, sin representación judicial.

YADIRA VIDES DE BOTERO, identificada con cédula de ciudadanía No. 22.431.190, cuyo apoderado es el Dr. FRANCISCO GNECCO ESTRADA.

JAIRO ARIAS COLMENARES, sin representación judicial.

PEDRO MARÍA DEL RÍO DÍAZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.088.935, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

PEDRO NEL DARIO ANTONIO FORERO, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.088.935, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

DORA FUENTES DE BEDOUT, representada judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

JORGE ERNESTO FUENTES DE BEDOUT, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.085.326, sin representación judicial.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

DARIO ANTONIO GUSTAVO ADOLFO FUENTES DE BEDOUT, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.097.404, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

CRISTIAN GIL SANTAMARIA, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

FELIX EMILIO HAYDAR PINILLA, identificado con cédula de ciudadanía No. 72.181.590, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

JOAQUIN ORLANDO HAYDAR PINILLA, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.109.316, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

GONZALO ENRIQUE ISAZA ÁLVAREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.755.344, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. CARLOS ENRIQUE ANGARITA.

CARLOS HERNANDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 72.175.280, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

DORA HELENA LAMOROUX, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.733.503, representada judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

LILIANA LAMOROUX VALDES, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.770.761, representada judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

ÁLVARO LEMUS, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

BENJAMÍN DE SANTA EUFROSIA MOYA CASTRO, identificado con cedula de ciudadanía No. 19.296.934, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JOSÉ OCTAVIO ZULUAGA RODRÍGUEZ.

CARLOS ALFREDO MOYA CASTRO, sin representación judicial.

CLEMENCIA ORTIZ DE URIBE, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.302.606, representada judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

CAMILO POSSE OBREGÓN, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

IGNACIO POSSE OBREGÓN, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.157.416, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

JAIRO IVÁN RAMÍREZ GARCÍA, sin representación judicial.

MARÍA ANGÉLICA REYES, representada judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

DANIEL FERNANDO REYES SIGHINOLFI, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.504.958, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

SANTIAGO MAURICIO REYES SIGHINOLFI, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.946.054, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

CÉSAR FAUSTINO RODRÍGUEZ, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

DORA RODRÍGUEZ, representada judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

LUZ MIRYAM RODRÍGUEZ, representada judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

MAURICIO RODRÍGUEZ, representado judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

ANDREA URIBE, sin representación judicial.

MARÍA ALEXANDRA URIBE, sin representación judicial.

PAOLA CAMILA URIBE ORTIZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.053.901, representada judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

DORA VALDES DE LAMOROUX, representada judicialmente a través de curador ad litem, Dr. JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA.

2. EL PACTO ARBITRAL

Las partes constituyeron una fiducia mercantil irrevocable, mediante escritura pública de trece (13) de abril de 1994, cuyo objeto era constituir un patrimonio autónomo “*con el fin de desarrollar el proyecto de urbanización y construcción sobre los inmuebles fideicomitidos, para lograr su venta por unidades desarrolladas o en conjunto, en las mejores condiciones para el proyecto a ser constituido en Cartagena*”. En dicho contrato se determinó en la cláusula trigésimo octava la siguiente cláusula arbitral:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA OCTAVA: Cualquier diferencia que surja entre las partes en razón del presente contrato durante su ejecución, su terminación o liquidación se someterá a la decisión de un Tribunal de

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Arbitramento constituido con tres árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá. Los árbitros fallaran en derecho. El Tribunal de Arbitramento se regirá por lo dispuesto en la Ley 23 de 1991 o por las normas vigentes que rigieren al momento de acudir a este mecanismo”.

3. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

3.1. Según la demanda arbitral de fecha 4 de marzo de 2014 es la siguiente:

La sociedad BEST LUCK S.A., con domicilio principal en Funza, Cundinamarca, e identificada con NIT. 900.227.842-5, por medio de apoderado, promovió ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral¹ que fue admitida mediante el Auto No. 5 de 24 de junio de 2014², en contra de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., con domicilio principal en Bogotá, identificada con NIT. 860.531.315-3, en su calidad de administradora del Patrimonio Autónomo MANZANILLO DEL MAR; AKTANI S.A., sociedad domiciliada en Bogotá, con NIT. 800.208.342-0; CARLOS PÍO URIBE PALACIOS, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.154.250 de Bogotá; CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.279.782 de Bogotá; BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.288.593 de Usaquén y COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., domiciliada en Bogotá, identificada con NIT. 800.187.315-1, con fundamento en 60 hechos que numera desde el 4.1 hasta el 4.60 y que se resumen a continuación:

Los hechos:

1. Mediante la escritura pública 1862 del 13 de abril de 1994, de la Notaría 18 del Círculo de Bogotá, los señores CARLOS PÍO URIBE PALACIO, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ, BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ y COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., como fideicomitentes, constituyeron inicialmente fiducia mercantil irrevocable con ALIANZA FIDUCIARIA S.A., con el fin de constituir un patrimonio autónomo – MANZANILLO DEL MAR- y *“desarrollar el proyecto de urbanización y construcción sobre los inmuebles fideicomitados, para lograr su venta por unidades desarrolladas o en conjunto, en las mejores condiciones para el proyecto a ser construido en Cartagena”.*

2. En la cláusula 3ª del contrato inicial se estipuló que el señor CARLOS PÍO URIBE PALACIO transferiría a la fiducia un total de 25 lotes situados en el corregimiento de la Boquilla-Cartagena y que COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., aportaba un total de \$640.000.000. En la cláusula sexta quedó determinado que la distribución de los excedentes entre los fideicomitentes sería en un 50% para COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., 25% para CARLOS PÍO URIBE PALACIO y 25% para BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ y CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ.

3. El contrato inicial fue modificado en su totalidad el 4 de agosto de 1994, mediante la escritura N° 5279 otorgada en la Notaría Sexta de Bogotá, introduciendo en la cláusula segunda dos clases de fideicomitentes, unos adherentes y otros constituyentes, estos últimos, entendidos como aquellos que obraron como fideicomitentes desde el inicio, adicionando a la sociedad Aktani S.A., y quienes adelantarían *“todas las actividades de*

¹ Folios 1 a 24 del Cuaderno Principal 1

² Folios 310 y 311 del Cuaderno Principal 1

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

promoción del proyecto y las necesarias para el desarrollo adecuado de los predios del patrimonio autónomo, así como la consecución de los recursos requeridos”. En la misma cláusula segunda se creó una Junta del Fideicomiso y el Comité de los Fideicomitentes Adherentes, con unas específicas funciones allí establecidas, además se definió el proyecto como “el desarrollo inmobiliario que se pretende realizar mediante la adquisición de terrenos aledaños, a los ya vinculados al fideicomiso, y las construcciones que en ellos se levanten...”.

4. En la cláusula tercera se estableció que el objeto consistía en la estructuración y desarrollo de un proyecto de urbanización y construcción en la ciudad de Cartagena que se implementaría en 4 etapas descritas en la cláusula séptima así: i) Adquisición de inmuebles; ii) Estructuración técnica, jurídica y financiera del proyecto; iii) Urbanismo y iv) Construcciones y Comercializaciones de los proyectos.

5. En la cláusula cuarta se pactó que los fideicomitentes adherentes entregarían a título de fiducia mercantil a ALIANZA los terrenos aledaños a los predios fideicomitados y que por su parte ésta entregaría una certificación en la cual conste que ellos tendrían derecho a participar en el 7% de las ventas líquidas al momento de la venta de cada inmueble y de los ingresos netos generados por la explotación de los bienes vinculados al fideicomiso liquidados trimestralmente, o cuando el monto acumulado a repartir llegase a \$150.000.000 en proporción al número de metros cuadrados que hubieren aportado, descontando lo que ya se le hubiere cancelado o bien por el fideicomiso, o bien por COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., y/o Aktani S.A., pues en tal caso dichos certificados le serían entregados a quien efectúe el pago y que en consecuencia cada adherente participaría conjuntamente con los demás y con todos los titulares de certificados, en proporción al número de metros cuadrados así calculados en el entendido que cada certificado tendrá el valor de un (1) metro cuadrado de terreno.

6. En la cláusula novena del contrato se establecieron las obligaciones de ALIANZA, entre otras, la de vetar las decisiones tomadas por la Junta del Fideicomiso que afecten o puedan afectar el Patrimonio Autónomo. En la décima segunda, se dispuso que los fideicomitentes constituyentes se obligaban a colocar a disposición de ALIANZA, los recursos necesarios para la ejecución del contrato y entregar a satisfacción de ALIANZA y del interventor cierta documentación, y en la décima tercera las de los fideicomitentes adherentes.

7. En la cláusula décima cuarta se dispuso que los fideicomitentes constituyentes recibirían las utilidades en las siguientes proporciones: CARLOS PÍO URIBE PALACIOS 20%, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ 10%, BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ 10%, COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., 25%, y AKTANI S.A. 35%.

8. En la cláusula décima sexta se dispuso las funciones del Comité de Fideicomitentes Adherentes; en la vigésima quinta se estableció que el gerente de obra o constructor sería COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A.; en la cláusula trigésima se señalaron las causales de terminación del contrato de fiducia y en la trigésima octava se pactó cláusula arbitral del siguiente tenor: *“Cualquier diferencia que surja entre las partes en razón del presente contrato durante su ejecución, su terminación o liquidación se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento constituido con tres árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá. Los árbitros fallarán en derecho. El Tribunal de arbitramento se*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS
ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO
URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ**

regirá por lo dispuesto en la Ley 23 de 1991 o por las normas vigentes que rigieren al momento de acudir a este mecanismo”.

9. Luego el convocante describe los hechos relacionados con el aporte de los fideicomitentes adherentes, mencionando que por escritura pública No. 6338 del 9 de septiembre de 1994 de la Notaría Sexta de Bogotá, el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ transfirió a título de fiducia mercantil a ALIANZA FIDUCIARIA S.A., más de 58 hectáreas situadas en el corregimiento Manzanillo del Mar – Cartagena, incrementando así el fideicomiso Manzanillo del Mar, bienes fideicomitados cuya custodia y tenencia se entregaba a COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., quien es constituyente y constructor y quien debía responder por eventuales daños y perjuicios que llegaren a derivarse del descuido en la custodia o mal uso de los predios y que en todo caso ALIANZA podría revocar dicha tenencia y custodia.

10. Los lotes aportados por el señor Pareja Núñez, estaban parcialmente ocupados y este notificaría a ALIANZA una vez se subsanara dicha circunstancia y entregaría el faltante en tierra a COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A.; en tanto, a aquél le fueron expedidos 20 certificados de derechos fiduciarios por 589.750 metros cuadrados y se le retuvo por parte de ALIANZA los certificados representativos de 87.174,51 metros cuadrados que estaban invadidos.

11. En lo relacionado con el desarrollo del proyecto, el convocante hace referencia a que la etapa I, la que sería desarrollada en un término de 6 meses fue prorrogado por otros 6 meses más, siendo la fecha final el 4 de agosto de 1995, sin que dicha fecha se volviera a prorrogar, ni hubiese reunión del Comité de Fideicomitentes Adherentes. Aduce que sin embargo se dio inicio a la II etapa la cual se tomó más de 6 meses sin que hubiese prórroga autorizada por la Junta o el Comité de Fideicomitentes Adherentes.

12. Se hace referencia a diversas reuniones de la Junta y Comité de Fideicomitentes Adherentes tendientes a tratar el tema de las prórrogas de las etapas del proyecto y se señala que según se puede evidenciar en actas 6 y 7 de 18 de abril de 1997 y 4 de junio del mismo año, respectivamente, la etapa I para entonces, seguía adelantándose. De igual forma se describe que el 17 de julio de 1998 en reunión de Junta, la fiduciaria ALIANZA solicita instrucciones para proceder al traslado del fideicomiso porque no está interesada en seguir administrándolo por circunstancias relacionadas con la falta de comunicación y respuestas del constructor y por el incumplimiento de compromisos adquiridos con la legalización de las prórrogas de las etapas. Que ese mismo 17 de julio, al parecer a ALIANZA se le notifica una resolución del Ministerio de Comercio Exterior donde se informa sobre la declaración de un área del proyecto como Zona Franca Turística.

13. En reunión de junta del fideicomiso llevada a cabo el 2 de septiembre de 1999, Acta No. 9, se decidió terminar el contrato de gerencia de obra y construcción con COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., revocarle la custodia y tenencia de los bienes fideicomitados y otorgarlas a PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR Ltda., en tanto arguye el convocante que según se evidencia en las actas de las Juntas del Fideicomiso, la etapa I sigue adelantándose. Durante los años 2001 y 2002 según consta en actas de Junta, se llevó a cabo negociación para incluir dentro del fideicomiso un lote denominado ‘La Camaronera’.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

14. El 29 de mayo de 2003 se lleva a cabo Junta de Fideicomiso y en la misma consta que ALIANZA informó que el señor ARTURO PAREJA solicitaba una reunión para conocer y discutir el estado del negocio pero que la junta señaló que no era posible en el corto plazo. En seguida el señor PAREJA dirigió comunicación de fecha 28 de octubre de 2005 reclamando por la pérdida de 15 hectáreas de los lotes fideicomitidos y solicitando la liquidación del contrato de fiducia.

15. En reunión del 20 de septiembre de 2007 los miembros de Junta del Fideicomiso delegaron en el señor CARLOS PÍO URIBE la tarea de obtener la ratificación por parte de los beneficiarios adherentes, a la certificación de encontrarse en la etapa III del desarrollo del proyecto.

16. A continuación el demandante describió los hechos relacionados con la invasión de los inmuebles aportados, expropiación de otros, incumplimiento a la hora de transferir terrenos, y finalmente se hace énfasis en un comunicado del 14 de diciembre de 2010 emitido por el señor Carlo Pio Uribe Palacios sobre la inconformidad con la ejecución del fideicomiso, los contratiempos y el incumplimiento con los fideicomitentes adherentes por parte de los constituyentes y la fiduciaria que a decir del convocante ha llevado a la pérdida de los activos aportados.

15. Los últimos 5 hechos de la demanda se refieren a la cesión de los derechos fiduciarios por parte de los adherentes, negocio de sustitución que dijo el demandante está permitido en el clausulado del fideicomiso; así las cosas, informa que el señor Pareja Núñez cedió sus derechos fiduciarios a NEMECK S.A.S., y GARAVITO & ARÉVALO S. EN C. y que éstas a su vez los cedieron a BEST LUCK S.A., mediante escritos de cesión fechados los días 15 y 16 de agosto de 2012.

Las pretensiones:

“Con citación de la Parte Convocada y siguiendo el trámite propio del proceso arbitral convenido entre las partes, solicito se formulen las siguientes declaraciones y condenas:

Primera Principal.- *Que se declare que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., incumplió el Contrato de Fiducia Inicial, modificado por el Contrato de Fiducia (ambos términos definidos adelante).*

Segunda Principal.- *Que se declare que los Fideicomitentes Constituyentes (término definido adelante), incumplieron el Contrato de Fiducia Inicial, modificado por el Contrato de Fiducia (ambos términos definidos adelante).*

Primera consecucional de la primera y/o segunda principal: *Que como consecuencia de la declaración de la Primera y/o de la Segunda Pretensión Principal, con fundamento en los artículos 870 del Código de Comercio o 1546 del Código Civil y demás disposiciones pertinentes, solicito que el Tribunal ordene la resolución del Contrato de Fiducia Inicial, modificado por el Contrato de Fiducia que lo complementó, para lo cual deberá adoptar las siguientes decisiones o las que juzgue pertinentes para hacer efectiva dicha resolución:*

1. *Que, dentro del término que disponga el H. Tribunal, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. restituya a favor de la Parte Convocante, en su calidad*

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

de Fideicomitente Adherente, la totalidad de las hectáreas que aportó al Fideicomiso Manzanillo del Mar, administrado por la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. En el evento en que no todas las hectáreas aportadas por el Fideicomitente Adherente sean de propiedad del Fideicomiso Manzanillo del Mar, que restituya a favor de la Parte Convocante las hectáreas que mantenga bajo su propiedad.

2. *Que, dentro del término que disponga el H. Tribunal, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. realice las demás restituciones que resulten procedentes.*
3. *Que respecto de los bienes fideicomitados cuya propiedad esté sujeta a registro, se disponga la inscripción del laudo respectivo.*

Pretensiones Subsidiarias

De no prosperar las pretensiones principales presento, en subsidio, las siguientes:

Primera subsidiaria: *Solicito al Honorable Tribunal se declare la terminación del Contrato de Fiducia Inicial, modificado por el contrato de Fiducia, como consecuencia de (i) la imposibilidad absoluta de realizar los fines del fideicomiso y/o (ii) por vencimiento del plazo y/o (iii) por el cumplimiento de la condición resolutoria a cual está sometida la fiducia, y/o (iv) por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia, y/o (v) por cumplimiento de su duración.*

Segunda subsidiaria: *Solicito al Honorable Tribunal se declare que los FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES, adelantaron conductas contrarias a la buena fe contractual, con ocasión de la celebración y ejecución del Contrato de Fiducia Inicial, modificado por el Contrato de Fiducia.*

Primera consecencial de la primera subsidiaria y/o de la segunda subsidiaria: *Que como consecuencia de que prospere cualquiera de las declaraciones en las pretensiones Primera Subsidiaria o Segunda Subsidiaria, solicito que el Tribunal ordene la resolución del Contrato de Fiducia Inicial modificado por el Contrato de Fiducia, para lo cual deberá adoptar las siguientes decisiones o las que juzgue pertinentes para hacer efectiva dicha resolución:*

1. *Que, dentro del término que disponga el H. Tribunal, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. restituya a favor de la Parte Convocante, en su calidad de Fideicomitente Adherente, la totalidad de las cincuenta y seis (56) hectáreas o las que se prueben en el proceso, que aportó al Fideicomiso Manzanillo del Mar, administrado por la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. En el evento en que no todas las hectáreas aportadas por el Fideicomitente Adherente sean de propiedad del Fideicomiso Manzanillo del Mar, que restituya a favor de la Parte Convocante las hectáreas que mantenga bajo su propiedad.*
2. *Que, dentro del término que disponga el H. Tribunal, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. realice las demás restituciones que resulten procedentes.*
3. *Que respecto de los bienes fideicomitados cuya propiedad esté sujeta a registro, se disponga la inscripción del laudo respectivo.*

Pretensión complementaria común a cualquiera de las anteriores que sea acogida

Que se actualicen los montos de cualquiera de las condenas que imponga el Tribunal, de acuerdo con el índice de precios aplicable y/o se condene a los correspondientes intereses moratorios capitalizados, liquidados hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente.

Costas

Que se condene a la parte convocada a pagar, a favor de la parte convocante, las costas y expensas-incluidas las agencias en derecho-del presente proceso". (folios 002 a 004 del Cuaderno Principal 1).

3.2. Interviniente litisconsorcial por activa

El señor ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.045.562, por medio de apoderado presentó el día 22 de enero de 2015, solicitud para intervenir como litisconsorte de la parte convocante³, petición que fue posteriormente subsanada precisando que su intervención la dirige contra la totalidad de los convocados, y admitida mediante Auto No. 13 del 27 de marzo de 2015⁴.

Los hechos en que basó su pedimento se refieren a la suscripción del contrato de fiducia y su modificación, a la participación que se les entregaría a los fideicomitentes adherentes en proporción al terreno que llegaran a aportar y al aporte que hiciera el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ de los derechos de dominio y posesión sobre un predio de 1.215.000 m2 aproximadamente.

Precisa que el señor PAREJA NÚÑEZ presentó ante ALIANZA FIDUCIARIA instrucciones para la expedición de los certificados, en favor de diversas personas, entre ellas él. Que, aunque el señor Pareja Núñez cedió la totalidad de sus derechos como fideicomitente adherente, Botero Asprilla conserva en su favor la titularidad de 4 certificados de derechos fiduciarios correspondientes a 37.000m2, lo que a su vez lo hace titular como fideicomitente adherente, de una relación sustancial a la que han de extenderse los efectos del laudo arbitral.

Se adhiere a las pretensiones presentadas por la parte convocante.

3.3. Oposición de los demandados Iniciales

ALIANZA FIDUCIARIA S.A. contestó la demanda el 1º de septiembre de 2014, a través de su apoderado Dr. Daniel Posse Velásquez (folios 85 a 140 del Cuaderno Principal 2).

Igualmente contestó la solicitud de intervención litisconsorcial propuesta por Antonio María Botero mediante escrito de 7 de mayo de 2015 (folios 299 a 319 del Cuaderno Principal 2).

³ folios 218 a 223 del Cuaderno Principal 2

⁴ folios 282 y 283 del Cuaderno Principal 2

**TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS
ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO
URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ**

AKTANI S.A. y CARLOS PÍO URIBE contestaron conjuntamente la demanda a través de su apoderado, Dr. Roberto Jesús Núñez Escobar, el 8 de mayo de 2015 (folios 093 a 180 del Cuaderno Principal 3).

COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A. fue notificada mediante aviso de 14 de agosto de 2014 (folios 27 y 28 del Cuaderno Principal 2). Sin embargo, no contestó la demanda dentro del término de ley.

CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ fue notificado mediante aviso de 14 de agosto de 2014 (folio 32 del Cuaderno Principal 2). El señor Medina acusó recibo del aviso mediante correo electrónico de 9 de julio de 2014 (folio 34 del Cuaderno Principal 2). Sin embargo, no contestó la demanda dentro del término de ley.

BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ fue ordenado su emplazamiento mediante Auto No 6 (folio 150 del Cuaderno Principal 2). En el Auto No. 7 se nombró como curador ad litem al Dr. Gilberto Alzate Ronga (folios 180 a 182 del Cuaderno Principal 2). El curador ad litem contestó la demanda el 29 de diciembre de 2014 (folios 198 a 217 del Cuaderno Principal 2).

3.4. Demandados en virtud de la integración del contradictorio por pasiva frente a la demanda inicial

Mediante Auto No. 37 de 4 de abril de 2016 (folios 288 a 289 del Cuaderno Principal 4), el Tribunal Arbitral ordenó *“la integración del contradictorio con todos los miembros de la parte convocada que aún no se han involucrado en el proceso, conforme a la lista actualizada aportada en la presente audiencia por ALIANZA FIDUCIARIA S.A.”*, respecto de quienes se ordenó su notificación personal.

3.5. Litisconsortes por pasiva que se notificaron personalmente del auto admisorio de la demanda inicial

SANDOVAL VIVAS 95 LTDA, contestó la demanda inicial el 31 de mayo de 2016, a través de su apoderada, Dra. Luz Marcela Sandoval (folios 62 a 66 del Cuaderno Principal 5).

JAIRO IVÁN RAMÍREZ GARCÍA, compareció a notificarse personalmente ante el secretario el 5 de mayo de 2016 (folios 23 a 25 del Cuaderno Principal 5). Sin embargo, no contestó la demanda inicial dentro del término de ley.

FEDCO S.A. e INVERSIONES EILAT S.A., conjuntamente contestaron la demanda inicial el 13 de junio de 2016, a través de su apoderada judicial, Dra. DIANA LORENA MATEUS LONDOÑO.

3.6. Litisconsortes por pasiva notificados por aviso que no contestaron la demanda inicial

ANDREA URIBE y MARÍA ALEXANDRA URIBE fueron notificadas por aviso el 19 de mayo de 2016 (folios 41 a 43 del Cuaderno Principal 5). Sin embargo, no contestaron la demanda inicial dentro del término de ley.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

JAIME ARIAS COLMENARES fue notificado por aviso el 19 de mayo de 2016 (folios 44 a 46 del Cuaderno Principal 5). Sin embargo, no contestó la demanda inicial dentro del término de ley.

Los señores MARÍA CRISTINA ARANGO TORO y JUAN GONZALO ARANGO TORO, herederos JAIME DE JESÚS ARANGO, fueron notificados por aviso el 19 de mayo de 2016 (folios 35 a 37 del Cuaderno Principal 5). Sin embargo, no contestaron la demanda inicial dentro del término de ley.

YADIRA DE BOTERO fue notificada por aviso el 19 de mayo de 2016 (folios 39 y 40 del Cuaderno Principal 5). Sin embargo, no contestó la demanda inicial dentro del término de ley.

CARLOS ALFREDO MOYA CASTRO fue notificado por aviso el 24 de mayo de 2016 (folios 53 a 55 del Cuaderno Principal 5). Sin embargo, no contestó la demanda inicial dentro del término de ley.

3.7. Litisconsortes por pasiva que acudieron a través de curador ad litem para contestar la demanda inicial

Mediante Auto No. 39 de 21 de julio de 2016, el Tribunal designó curadores ad litem para aquellos litisconsortes por pasiva de la demanda inicial que no habían podido ser notificados personalmente o por aviso.

A través de dicho auto, se designó al doctor Jaime Gómez Mejía como curador ad litem de quienes derivan sus derechos de CARLO PÍO URIBE:

1. JAIRO HERNÁN ÁLVAREZ TAMAYO.
2. PEDRO MARÍA DEL RIO DÍAZ.
3. PEDRO NEL DARÍO ANTONIO FORERO.
4. GUSTAVO FUENTES DE BEDOUT.
5. JORGE ERNESTO FUENTES DE BEDOUT.
6. CRISTIAN GIL SANTAMARÍA.
7. FELIX EMILIO HAYDAR PINILLA.
8. JOAQUÍN ORLANDO HAYDAR PINILLA.
9. CARLOS HERNANDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ.
10. DORA HELENA LAMOROUX.
11. LILIANA LAMOROUX VALDEZ.
12. ÁLVARO LEMUS.
13. CLEMENCIA ORTÍZ DE URIBE.
14. CAMILO POSSE OBREGÓN.
15. IGNACIO POSSE OBREGÓN.
16. MARÍA ANGÉLICA REYES.
17. DANIEL FERNANDO REYES.
18. SANTIAGO MAURICIO REYES.
19. CÉSAR FAUSTINO RODRÍGUEZ.
20. DORA RODRÍGUEZ.
21. LUZ MIRIAM RODRÍGUEZ.
22. MAURICIO RODRÍGUEZ.
23. PAOLA CAMILA URIBE ORTÍZ.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

24. DORA VALDEZ DE LAMOROUX.

El curador Gómez Mejía contestó la demanda inicial el día 14 de septiembre de 2016.

Mediante Auto No. 39 de 21 de julio de 2016, el Tribunal designó igualmente al doctor Alberto Acevedo como curador ad litem de BENJAMÍN MOYA CASTRO, que deriva sus derechos de SARA MOYA CASTRO. El curador Acevedo contestó la demanda inicial el día 15 de septiembre de 2016.

Mediante Auto No. 39 de 21 de julio de 2016, el Tribunal designó igualmente al doctor CARLOS ENRIQUE ANGARITA ANGARITA como curador ad litem de LUIS FERNANDO DE BEDOUT URREA y GONZALO ENRIQUE ISAZA ÁLVAREZ, quienes derivan sus derechos de ARTURO PAREJA. El curador Angarita contestó la demanda inicial el día 13 de septiembre de 2016.

3.8. Contestación de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., a la demanda, mediante escrito radicado el 1 de septiembre de 2014

ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en su calidad de Vocera del Fideicomiso MANZANILLO DEL MAR se pronunció frente a cada uno de los hechos, precisando respecto de algunos el contenido literal de cláusulas citadas por el convocante. Señala que la cláusula sexta del contrato inicial denominada "*Aspectos Tributarios*" se refiere al pago de los impuestos que se causen sobre los inmuebles aportados al fideicomiso, que en cuanto al veto de ALIANZA fue concebido como instrucción en los términos establecidos en la cláusula novena y aclara que todas las instrucciones dadas a ALIANZA relativas a efectuar pagos, estaban condicionadas a la existencia de recursos económicos para hacerlo, que por no haber concluido el negocio fiduciario no hay lugar a rendición final de cuentas y que todas las partes del negocio fiduciario son conocedores de los inconvenientes presentados en torno a su ejecución.

Se refiere a la cláusula quinta de la cual resalta que ALIANZA entregó el 100% de la tenencia y custodia del bien fideicomitado por el señor ARTURO PAREJA a la sociedad COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., salvo un área pendiente por entregar debido al estado de ocupación que sobre ella existía. Que ALIANZA no podría revocar libremente la tenencia del bien sino únicamente ante la perturbación de la tenencia y por darse un uso distinto.

Manifiesta que el señor ARTURO PAREJA incumplió la obligación de subsanar la ocupación del área de terreno entregada y que dicho incumplimiento le es imputable a la convocante BEST LUCK S.A. por ser su cesionaria.

Trascribe la comunicación de fecha 10 de agosto de 1994 contentiva de las instrucciones dadas por el señor Pareja Núñez respecto de la expedición de los certificados que le correspondían por la aportación de los terrenos y después de una explicación numérica concluye que a la demandante BEST LUCK S.A., le quedan 42.825,79 m² de los 486.924,51 m² de tierra que jamás fueron entregados al fideicomiso.

Indica que como conoce BEST LUCK S.A., los certificados del señor Pareja correspondientes a tierras invadidas en un principio equivalían a 399.750 m², pero que de

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

acuerdo a un levantamiento topográfico se determinó que debían adicionarse 87.174,51m².

Señala que, en la comunicación del 24 de marzo de 2001, los fideicomitentes adherentes le informaron a ALIANZA que ratifican las actuaciones de los constituyentes y que el proyecto se encuentra en la Etapa III.

Aclara que la prueba documental denominada “*Documento de Declaraciones*” contiene información que no es correcta puesto, que como se explicará en las excepciones, de los metros cuadrados de tierra entregados por el señor ARTURO PAREJA solo quedan 42.825,49 m² y 486.924,51m² están invadidos.

Las excepciones de mérito propuestas son:

- 1) *Cumplimiento de las obligaciones asumidas por ALIANZA.*
- 2) *ALIANZA no es juez del contrato de fiducia.*
- 3) *Lo verdaderos derechos de Best Luck.*
- 4) *La mora creditoris de Best Luck impide que se acoja la pretensión de incumplimiento alegada en contra de alianza.*
- 5) *Falta de legitimación en la causa por activa.*

3.9. Contestación presentada por el curador ad-lítem de la parte convocada, señor BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Contestó la demanda el curador ad lítem que fue designado, quien al referirse a los hechos del fideicomiso inicial señala que se atiene al clausulado del contrato fiduciario; en lo referente a los aportes de terreno recalca que el señor ARTURO PAREJA no entregó la totalidad de los lotes a la fiduciaria y que por ende ésta no podía entregarlos a la constructora.

Que la aceptación o aprobación de las actas en donde consta que se continuaban adquiriendo predios para el proyecto, al no tener reparo alguno de parte de los constituyentes y adherentes, evidencian que los plazos previstos fueron modificados por las partes.

Trascribe apartes del acta de fecha 12 de abril de 2010, que fue aportada por la parte convocante y resalta que en ella quedó expresado que la Junta se comunicó con un vigilante de los predios quien informó “*Que la invasión está hace más de un año cuando ARTURO PAREJA tenía la posesión de los bienes*”.

Frente a las cesiones se atiene a lo que se pruebe.

El curador se opuso a la totalidad de las pretensiones.

Las excepciones de mérito propuestas por esta parte son:

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

- 1) *Cumplimiento de las obligaciones asumidas por alianza.*
- 2) *ALIANZA no es juez del contrato de fiducia.*
- 3) *Lo verdaderos derechos de Best Luck.*
- 4) *La mora creditoris de Best Luck impide que se acoja la pretensión de incumplimiento alegada en contra de alianza.*
- 5) *Falta de legitimación en la causa por activa.*

3.10. Oposición presentada por AKTANI S.A., y CARLOS PÍO URIBE mediante escrito de 8 de mayo de 2015

En relación con el fideicomiso inicial, indican que es cierto que el fideicomitente CARLOS PÍO URIBE PALACIO transfirió el derecho de dominio de diversos lotes, los cuales relaciona uno a uno. Que, no obstante, mediante Resolución N° 0026 del 13 de enero de 2006, el alcalde de Cartagena ordenó la expropiación de una porción del bien indicado con matrícula 060-101666, para desarrollar el proyecto de disposición final de aguas residuales.

Igualmente, manifiestan que los lotes 45 y 46 fueron restituidos a la sociedad Dacier Figueroa y Cía. S. en C., y que el 6 de agosto de 1997 el señor Uribe Palacios solicitó que los lotes 16 y 17 de propiedad de la señora Elsa Pinilla de Haydar fueran nuevamente escriturados a nombre de ella.

Aduce que no es cierto que el contrato inicial se haya modificado íntegramente, toda vez que algunas cláusulas se mantienen vigentes como por ejemplo la tercera en relación con los bienes que ingresaron al patrimonio.

Comenta que en la escritura N° 5279 del 4 de agosto de 1994, cláusula segunda, los fideicomitentes constituyentes se obligaron a entregar a satisfacción de ALIANZA y del interventor, una serie de documentos (Requisitos técnicos y Requisitos financieros legales) durante la Etapa II, pero que, con posterioridad, se le puso de manifiesto a ALIANZA la necesidad de modificar dicha cláusula entre otras.

Se refiere también al terreno transferido por el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ, precisa que el mismo tiene una cabida de 121 hectáreas 5000 metros aproximadamente, que está identificado con la matrícula inmobiliaria N° 060-101666 y que del contenido de la cláusula quinta se concluye que no se entregó a COMPAÑÍAS INTEGRADAS el 100% de la custodia y tenencia del bien, conservando ALIANZA la responsabilidad sobre custodia y tenencia de la parte no entregada. Que la obligación principal que estaba por encima de la notificación a ALIANZA, era la de subsanar la ocupación parcial existente sobre el bien.

Hacen una relación de los certificados que al señor ARTURO PAREJA le correspondían por el aporte efectuado y la forma como él, mediante la carta del 10 de agosto de 1994 instruyó que se emitieran; así mismo, que en dicha carta señaló que los certificados a favor de ARTURO PAREJA, ANTONIO BOTERO y CARLOS PÍO URIBE, quedarían en custodia de ALIANZA, hasta resolver litigio de linderos y desocupación, quedando en

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

custodia los certificados correspondientes a 500.000 m2 y expedidos y entregados 715.000.

Manifiestan que como resultado de un levantamiento topográfico se determinó que el área en proceso de litigio del predio aportado por el señor ARTURO PAREJA, no era de 500.000 m2 sino de 587.174,51 m2 y que en virtud de ello la Junta aprobó la restitución de dicha área a su propietario y dio instrucciones a ALIANZA para que le solicitaran la devolución de los certificados correspondientes a 87.174,51 m2.

Arguyen que frente al vencimiento de las Etapas, todas se fueron traslapando hasta perderse de vista una fecha cierta de inicio y terminación de las mismas y que prueba de ello es que en acta de 15 de diciembre de 1994, con la asistencia del 100% de los fideicomitentes constituyentes se dejó constancia de que el patrimonio autónomo se estaba desarrollando normalmente, es decir, que por voluntad de todos se adelantaban actividades de una y otra etapa simultáneamente, que incluso hacia el año 1996, para la cual ya se debía haber concluido con la Etapa I, aún se estaban incorporando bienes al patrimonio autónomo.

Señalan que los fideicomitentes adherentes mediante comunicaciones por ellos suscritas, aceptaron que el proyecto se encontraba en etapa III y que ello equivale a una prórroga de las etapas I y II.

Aducen que la voluntad de los fideicomitentes nunca fue la de liquidar el fideicomiso por no haberse prorrogado las etapas en la forma como se consagró en el contrato, sino que siempre quisieron sanear cualquier defecto. Que por consenso los fideicomitentes adherentes suscribieron una comunicación en la que se señaló que el proyecto se encontraba en la etapa III, y que ello fue conocido y aceptado expresamente por el demandante

Precisan que en junta del 7 de noviembre de 2001 el señor CARLOS PÍO URIBE informa que la propietaria del inmueble 'La Camaronera' dio viabilidad para la venta del mismo y que así mismo en reunión del 21 de marzo de 2002, los miembros del comité manifestaron que la negociación de ese predio era de interés exclusivo del Sr. CARLOS PÍO URIBE.

Resaltan que en reunión que consta en acta del 20 de septiembre de 2007, el señor Leo Eisenband presentó una alternativa de desarrollo del proyecto que incluía la posibilidad de incluir nuevos terrenos, por cuanto había terceros interesados en su desarrollo y que en esa misma reunión la junta delegó en el señor Carlo Pío Uribe la tarea de obtener la ratificación de los beneficiarios adherentes pendientes.

Luego se refieren a la reunión de Junta del 25 de marzo de 2008, en donde se dejó constancia de que el señor Edward Botero solicitó la entrega del dinero proveniente de la expropiación de los terrenos que, según él, fueron aportados por la familia Botero, y que ALIANZA respondió en el sentido de indicar que no existía registro de que ésta hubiese aportado inmuebles.

Hacen un listado de los bienes que fueron transferidos por el señor CARLOS PÍO URIBE al fideicomiso y agrega que en todos fue registrado el respectivo traspaso.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

En cuanto a la cesión de derechos, refuta que en los contratos aportados por el convocante se observa que el suscrito por Garavito y Arévalo S. en C., como Fideicomitente Adherente Cedente y BEST LUCK como cesionario, tiene como fecha de realización en la carátula, julio de 2012, pero que, en la presentación personal y reconocimiento de firma en notaría, figura 15 de agosto de 2012.

Que a su vez el contrato suscrito por NEMECK S.A., como cedente y BEST LUCK como cesionario figura en la carátula, agosto de 2012 y en el reconocimiento ante notaría, 15 de agosto de 2012 por parte de MANUEL ANTONIO CARVAJAL GARCÍA en representación de BEST LUCK y 16 de agosto de 2012 por parte de HERNANDO RUEDA AMOROCHO en representación de NEMECK.

Frente a las pretensiones manifiesta que todas y cada una son improcedentes tal como lo sustentan mediante el planteo de excepciones. Señalan que no se hizo el juramento estimatorio conforme lo ordena el Art. 206 del CGP.

Las excepciones de mérito propuestas por AKTANI S.A y CARLOS PÍO URIBE son:

- 1) *Excepción de contrato no cumplido o exceptio non adimpleti contractus.*
- 2) *Inobservancia de las reglas que emanan del principio de la buena fe “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans” “Venire contra factum proprium non valet”.*
- 3) *Improcedibilidad de la resolución y de la terminación.*
- 4) *Indebida integración del contradictorio.*
- 5) *Indebida subsanación de la demanda.*
- 6) *Improcedencia de la terminación del contrato de fiducia por la imposibilidad absoluta de realizar los fines del fideicomiso.*
- 7) *Improcedencia de la terminación del contrato de fiducia como consecuencia de (II) el vencimiento de plazo y (V) por cumplimiento de su duración.*
- 8) *Improcedencia de la terminación del contrato de fiducia (III) por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual está sometida la fiducia y (IV) por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia.*
- 9) *Excepción genérica.*

3.11. Oposición presentada por FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A., mediante escrito de 13 de junio de 2016

El apoderado, contestó la demanda arbitral con escrito similar a la contestación allegada por la apoderada de CARLOS PÍO URIBE PALACIO y AKTANI S.A. y que en todo caso se resumen nuevamente, así:

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Es cierto que el fideicomitente CARLOS PÍO URIBE PALACIO transfirió el derecho de dominio de diversos lotes que enlista uno a uno. Que, no obstante, mediante Resolución 0026 del 13 de enero de 2006, el alcalde de Cartagena ordenó a expropiación de una porción del bien indicado con matrícula 060-101666, para desarrollar el proyecto de disposición final de aguas residuales.

Que los lotes 45 y 46 fueron restituidos a la sociedad DACIER FIGUEROA Y CÍA. S. EN C., y que el 6 de agosto de 1997 el señor Uribe Palacios solicitó que los lotes 16 y 17 de propiedad de la señora ELSA PINILLA DE HAYDAR fueran nuevamente escriturados a nombre de ella.

Que carece de certeza el hecho que indica la modificación integral del contrato original, toda vez que algunas cláusulas se mantienen vigentes como por ejemplo la tercera en relación con los bienes que ingresaron al patrimonio.

Indica que mediante la escritura N° 5279 del 4 de agosto de 1994, en la cláusula segunda, los fideicomitentes constituyentes se obligaron a entregar a satisfacción de ALIANZA y del interventor, una serie de documentos (Requisitos técnicos y Requisitos financieros legales) durante la Etapa II, pero que, con posterioridad, se le puso de manifiesto a ALIANZA la necesidad de modificar dicha cláusula entre otras.

Frente al terreno transferido por el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ, precisa que el mismo tiene una cabida de 121 hectáreas 5000 metros aproximadamente, con matrícula 060-101666 y que del contenido de la cláusula quinta se concluye que no se entregó a COMPAÑÍAS INTEGRADAS el 100% de la custodia y tenencia del bien, conservando ALIANZA la responsabilidad sobre custodia y tenencia de la parte no entregada. Que la obligación principal, que estaba por encima de la notificación a ALIANZA, era la de subsanar la ocupación parcial existente sobre el bien.

Procede a relacionar los certificados que al señor ARTURO PAREJA le correspondían por el aporte efectuado y como en la carta del 10 de agosto de 1994 PAREJA instruyó que se emitieran; así mismo, que en dicha carta señaló que los certificados a favor de ARTURO PAREJA, ANTONIO BOTERO y CARLOS PÍO URIBE, quedarían en custodia de ALIANZA hasta resolver litigio de linderos y desocupación, quedando en custodia los certificados correspondientes a 500.000 m² y expedidos y entregados 715.000.

Que, como resultado de un levantamiento topográfico, se determinó que el área en proceso de litigio del predio aportado por el señor ARTURO PAREJA, no era de 500.000 m² sino de 587.174,51 m² y que en virtud de ello la Junta aprobó la restitución de dicha área a su propietario y dio instrucciones a ALIANZA para que le solicitaran a PAREJA la devolución de los certificados correspondientes a 87.174,51 m².

En cuanto al vencimiento de las Etapas, sostiene que todas se fueron traslapando hasta perderse de vista una fecha cierta de inicio y terminación de las mismas y que prueba de ello es que en acta de 15 de diciembre de 1994, con la asistencia del 100% de los fideicomitentes constituyentes se dejó constancia de que el patrimonio autónomo se estaba desarrollando normalmente, es decir que por voluntad de todos se adelantaban actividades de una y otra etapa simultáneamente, que incluso hacia el año 1996 para la cual ya se debía haber concluido con la Etapa I, aún se estaban incorporando bienes al patrimonio autónomo.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Señala que los fideicomitentes adherentes mediante comunicaciones por ellos suscritas, aceptaron que el proyecto se encontraba en etapa III y que ello equivale a una prórroga de las etapas I y II y que la voluntad de los fideicomitentes nunca fue la de liquidar el fideicomiso por no haberse prorrogado las etapas en la forma como se consagró en el contrato, sino que siempre quisieron sanear cualquier defecto. Que por consenso los fideicomitentes adherentes suscribieron una comunicación en la que se señaló que el proyecto se encontraba en la etapa III; que ello fue conocido y aceptado expresamente por el demandante.

En junta del 7 de noviembre de 2001 el señor CARLOS PÍO URIBE informó que la propietaria del inmueble 'La Camaronera' dio viabilidad para la venta del mismo y que así mismo en reunión del 21 de marzo de 2002, los miembros del comité manifestaron que la negociación de ese predio era de interés exclusivo del Sr. CARLOS PÍO URIBE.

En reunión que consta en acta del 20 de septiembre de 2007 el señor Leo Eisenband presentó una alternativa de desarrollo del proyecto, que incluía la posibilidad de atraer nuevos terrenos por cuanto había terceros interesados en su desarrollo y que en esa misma reunión la junta delegó en el señor CARLOS PÍO URIBE la tarea de obtener la ratificación de los beneficiarios adherentes pendientes.

En reunión de Junta del 25 de marzo de 2008 se dejó constancia de que el señor Edward Botero solicitó la entrega del dinero proveniente de la expropiación de los terrenos que, según él, fueron aportados por la familia Botero, y que ALIANZA respondió en el sentido de indicar que no existía registro de que ésta hubiese aportado inmuebles.

Hacen **FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A. en su resistencia** un listado de los bienes que fueron transferidos por el señor CARLOS PÍO URIBE y agregan que en todos fue registrado el respectivo traspaso y en cuanto a la cesión de derechos refutan que en los contratos aportados por el convocante se observa que el acto suscrito por Garavito y Arévalo S. en C., como Fideicomitente Adherente Cedente y BEST LUCK S.A., como cesionario, tiene como fecha de realización en la carátula, julio de 2012, pero que en la presentación personal y reconocimiento de firma en notaría, figura el 15 de agosto de 2012.

Se refieren a la diferencia de fechas en cuanto a que el contrato suscrito por Nemeck S.A., como cedente y BEST LUCK S.A., como cesionario figura en la carátula, agosto de 2012 y en el reconocimiento ante notaría, 15 de agosto de 2012 por parte de MANUEL ANTONIO CARVAJAL GARCÍA en representación de BEST LUCK S.A., y 16 de agosto de 2012 por parte de HERNANDO RUEDA AMOROCHO en representación de NEMECK S.A.

Frente a las pretensiones manifiesta en su resistencia que todas y cada una son improcedentes tal como lo sustentan mediante sus excepciones. Señalan que no se hizo el juramento estimatorio conforme lo ordena el Art. 206 del CGP.

Las excepciones de mérito propuestas son:

- 1) *Excepción de contrato no cumplido o exceptio non adimpleti contractus.*

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

- 2) *Inobservancia de las reglas que emanan del principio de la buena fe, “nemo auditur propriam terpitudinem allegans” “venire contra factum proprium non valet”.*
- 3) *Improcedibilidad de la resolución y de la terminación.*
- 4) *Indebida Integración del contradictorio.*
- 5) *Indebida subsanación de la demanda.*
- 6) *Improcedencia de la terminación del contrato de fiducia por la imposibilidad absoluta de realizar los fines del fideicomiso.*
- 7) *Improcedencia de la terminación del contrato de fiducia como consecuencia de (II) el vencimiento del plazo y (V) por cumplimiento de su duración.*
- 8) *Improcedencia de la terminación del contrato de fiducia (III) por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual está sometida la fiducia y (IV) por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia.*
- 9) *Excepción genérica.*

3.12. Demanda de reconvencción presentada por FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A., mediante escrito de 13 de junio de 2016 (Visible al folio 171 del cuaderno. Nº 5,) admitida mediante auto Nº 40 de 22 agosto 2016.

Los hechos

1. Esta demanda refiere al contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 1862 del 13 de abril de 1994, que fuera modificado mediante la escritura pública Nº 5279 del 4 de agosto de 1994 en sus cláusulas segunda, donde se definen quiénes son fideicomitentes constituyentes y quiénes adherentes; en el capítulo séptimo que establece que son Unidades de Operación del Proyecto el Comité de Fideicomitentes Adherentes y la Junta del Fideicomiso.

2. En cuanto a la conformación del patrimonio manifiesta que el señor CARLOS PÍO URIBE PALACIO transfirió a la Sociedad Fiduciaria a título de fiducia mercantil, el derecho de dominio de diversos lotes, los cuales relaciona uno a uno por su número de marcación y matrícula inmobiliaria, situados en el Corregimiento de La Boquilla – en la ciudad de Cartagena.

3. Que los fideicomitentes constituyentes y COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., se comprometieron a facilitar los recursos necesarios para adquisición de los terrenos que por decisión de la Junta del Fideicomiso debieran ser integrados al patrimonio autónomo,

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

y para cubrir los demás gastos que a juicio de la junta deban efectuarse o los que se requieran para el normal desarrollo del fideicomiso.

4. De conformidad con la cláusula décima de la escritura 1862 de 1994, COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., se obliga a aportar al fideicomiso la suma de \$640.00.000 en diversas fases y de la siguiente forma: i) \$200.000.000 para cubrir una obligación ejecutiva perseguida ante el Juez Sexto Civil del Circuito de Cartagena y evitar el remate de un predio de CARLOS PÍO URIBE PALACIO, ii) \$200.000.000 a ALIANZA para que ésta entregue a CARLOS PÍO URIBE PALACIO \$100.000.000 el 15 de abril de 1994 y \$100.000.000 el día en que Uribe Palacios aporte al patrimonio autónomo su participación de 80.000 m2 aproximadamente en un terreno de un área aproximada de 200.000 m2 que posee en común con el señor ARTURO PAREJA, y que además vincule los lotes de CLEMENCIA ORTIZ DE URIBE, JAIME ARIAS COLMENARES, NAPOLEÓN FRANCO, FAMILIA POSSE OBREGÓN, KATIA BARUQUE, GARY HAIM Y HERNANDO HAYDAR, y iii) \$240.000.000, en la misma fecha en que se cancelen los últimos \$100.000.000 antes referidos y con los cuales la Fiduciaria procederá a adquirir los terrenos aledaños de propiedad de Ernesto Ospina de aproximadamente 35.000 m2, los de Pietro Espada y Lesbia Espada de aproximadamente 110.000 m2 y los de ARTURO PAREJA en el lote en común que este tiene con CARLOS PÍO URIBE.

5. Que, de no alcanzar a cubrir estas negociaciones con dicha cifra, COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., podría suplir el faltante, pero se recibirían como pasivos del patrimonio. Que en las mismas condiciones COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., aportará los dineros necesarios para vincular otros terrenos, pagos a terceros no vinculados, promoción, publicidad y demás gastos para el desarrollo de la Junta.

6. Indica que no obstante lo anterior, previa aprobación de ALIANZA, en lugar de esos lotes ingresaron los de ARTURO PAREJA y SARA BEATRIZ MOYA CASTRO, tal como consta en escrituras números 6338 de del 9 de septiembre de 1994 de la Notaría Sexta de Bogotá y 9092 de diciembre de 1994. Que esta última transfirió el lote No. 4A con 18.000 m2 y el 3A con 17.000 m2.

7. Narra que en la cláusula cuarta se pactó que los fideicomitentes adherentes entregarían a título de fiducia mercantil a ALIANZA FIDUCIARIA S.A., los bienes aledaños a los predios fideicomitados y que por su parte ésta entregaría una certificación en la cual constara que ellos tendrían derecho a participar en el 7% de las ventas líquidas al momento de la enajenación de cada inmueble y de los ingresos netos generados por la explotación de los bienes vinculados al fideicomiso en proporción al número de metros cuadrados que hubieran aportado. Que en consecuencia cada fideicomitente adherente participaría conjuntamente con los demás adherentes y con todos los titulares de certificados, en proporción al número de metros cuadrados así calculados en el entendido que cada certificado tendrá el valor de un (1) metro cuadrado de terreno.

8. Señala que en la escritura N° 6338 del 9 de septiembre de 1994, por la que se vinculó como fideicomitente adherente al señor ARTURO PAREJA, se estableció que él transfiera a título de fiducia, el derecho de dominio y posesión que ejerce sobre un lote de terreno rural ubicado en el corregimiento de Manzanillo del Mar – Cartagena, con una cabida de 121 hectáreas 5.000 metros aproximadamente con folio de matrícula inmobiliaria No. 060-0101666; obligándose PAREJA al saneamiento para el caso de evicción y manifestando que ALIANZA quedó expresamente relevada a responder por evicción,

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

comprometiéndose además a entregar a COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., el resto del área **(sin especificarla)** una vez subsanara la ocupación parcial que afectaba el predio.

9. Ilustra que el 17 de septiembre de 2003 Fedco S.A., suscribió un contrato de cesión con la Sociedad Aktani S.A., en cuya cláusula primera Aktani cedió a Fedco el *“50% sobre el 60% de los derechos de beneficio y obligaciones correlativas a ellos, que le corresponden en virtud de su calidad de beneficiario el (sic) patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO INM-MANZANILLO DEL MAR”* y otro el 14 de septiembre del 2004, por medio del cual Aktani S.A. vendió a Fedco S.A., *“1. El 50% de los derechos de beneficio y obligaciones correlativas a ellos, que le corresponden al vendedor en el patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO INM-MANZANILLO DEL MAR, es decir el 30% del total de los derechos que conforman el fideicomiso... 2. La cantidad de...61.589, certificados de propiedad de derechos fiduciarios de Manzanillo del Mar...”*.

10. Que por su parte, mediante documento del 30 de abril de 2009, notificado a ALIANZA el 20 de mayo de 2009, el señor ARTURO PAREJA cedió a INVERSIONES EILAT S.A., una cantidad de derechos fiduciarios equivalentes a 10.000 m2 y que por ello ALIANZA FIDUCIARIA expidió el Certificado de Propiedad de Derechos Fiduciarios No. M-0019-00 en cabeza de INVERSIONES EILAT S.A.S., y que posteriormente FEDCO S.A., cedió a INVERSIONES EILAT S.A.S., una cantidad de derechos fiduciarios equivalente a 9.650 m2, por lo que el 24 de septiembre de 2009 ALIANZA FIDUCIARIA expidió el Certificado de Propiedad de Derechos Fiduciarios No. M-0085-02 en cabeza de INVERSIONES EILAT S.A.S.

11. A continuación relata los hechos relacionados con la expropiación de bienes inmuebles por el Distrito de Cartagena para el desarrollo de la obra pública denominada *“Instalación de la Tubería Terrestre, la ampliación de la Estación de Bombeo Paraíso, que recogerá todas las aguas residuales de la ciudad y para la Construcción de la Planta de Tratamiento Preliminar, dentro del Sistema de Disposición Final de las Aguas Residuales de Cartagena de Indias”*.

12. Mediante la Resolución N° 0026 del 13 de enero de 2006, el Alcalde de Cartagena ordenó la expropiación de una porción 20.810 m2 del bien identificado con la matrícula N° 060-101666, para desarrollar el proyecto de disposición final de aguas residuales, y que el 28 de marzo de 2006 se le comunicó a ALIANZA que se encontraba a su disposición la suma de \$119.211.334,81 por concepto de indemnización por la expropiación pasando esa parte del predio a la titularidad de la Alcaldía Mayor de Cartagena Distrito Turístico y Cultural.

13. Se refiere nuevamente a la escritura N° 1862 mediante la cual se inició el fideicomiso, en la cual se incluyeron en el patrimonio autónomo, entre otros, los lotes 16, 17, 45 y 46 y a la escritura N° 8230 del 30 de diciembre de 1996 de la Notaría 9ª de Cali, por la cual, la sociedad Dacier Figueroa y Cía. S. en C., transfirió como Fideicomitente Adherente los lotes No. 43, 44, 45 y 46 del corregimiento de La Boquilla, para incrementar el patrimonio autónomo, pero que con posterioridad la citada Sociedad solicitó la restitución de los mismos predios, lo que fue atendido favorablemente con escritura pública N° 3006 de noviembre del 2000 de la Notaría 14 de Cali; y que en la comunicación del 6 de agosto de 1997, el señor CARLOS PÍO URIBE solicitó que los lotes 16 y 17 le fueran restituidos a la señora Elsa Pinilla de Haydar.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

14. Cita y trae apartes de la cláusulas del contrato atientes a la tenencia y custodia de los bienes fideicomitidos, tenencia que luego de ser revocada a COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., le fue concedida a PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR Ltda., representada legalmente por CARLOS PÍO URIBE PALACIO con quien ALIANZA suscribió un contrato de comodato precario y la que designó como constructor a INOVACIONES (Sic) URBANAS S.A., y M & CONSULTORES S.C.S., quienes debían ceder su designación a una nueva sociedad que habrían de constituir conjuntamente y a quien además se le entregaría la custodia y tenencia de los bienes, toda vez que PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR Ltda., renunció a ella.

15. En la comunicación enviada del 11 de junio de 2003, ALIANZA FIDUCIARIA informó al señor CARLOS PÍO URIBE que debería conservar la custodia y tenencia de los bienes hasta tanto se constituyera la nueva Sociedad; luego, el 19 de febrero de 2004 se suscribió entre ALIANZA y HABITECH CONSTRUCTORA S.A., un nuevo contrato de comodato precario respecto de los bienes que entregó CARLOS PÍO; HABITECH por su parte, dio por terminado el contrato de comodato e hizo entrega de los bienes a ALIANZA S.A., por lo que el 20 de junio de 2006 se acordó que FEDCO y AKTANI, informarían a qué sociedad se le entregaría dicha responsabilidad, y el 5 de julio de 2006 éstas radicaron en las oficinas de ALIANZA una comunicación en el sentido que una vez se tuviera definido el constructor sería ALIANZA quien mantendría la tenencia de los bienes.

16. Que ALIANZA respondió que no puede recibir la tenencia de los bienes porque la cláusula quinta del contrato señala que ello lo harían los fideicomitentes quienes a su vez la entregarían a la constructora que fuera designada, y que por ende indicaron que la tenencia del activo continuaría en cabeza de los Fideicomitentes. De ello se dejó constancia en la rendición semestral de cuentas remitida el 26 de agosto de 2016.

17. Cuenta que con el ánimo de realizar la finalidad del fideicomiso FEDCO S.A., ejerció actos de defensa como la contratación de vigilancia para el predio, la intervención en diferentes procesos policivos, de pertenencia, de orden penal, entre otros. Que además se ha informado a ALIANZA sobre diferentes actos perturbatorios sin que ésta desplegara acciones tendientes a la defensa de los bienes fideicomitidos.

18. Resume luego los hechos relacionados con la expedición de los certificados, la cual tilda de ilegal, bajo el entendido que el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ instruyó a ALIANZA para la expedición de 1.215.000 certificados, de los cuales para entregar a esa fecha eran 715.000 y 500.000 quedarían en custodia hasta tanto se resolviera sobre los contingentes respecto de 50 hectáreas pertenecientes a los terrenos. ALIANZA, sin haber verificado el área total de los bienes transferidos al patrimonio, emitió 1.215.000 y entregó los que le fueron ordenados.

19. Conocido el contenido de la resolución N° 164 del 5 de mayo de 2000, que autorizó la inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos de la escritura por medio de la cual se liberan 586.796 m² del predio con matrícula 060-0101666, los Fideicomitentes Constituyentes realizaron un levantamiento topográfico por el cual se determinó que el área en litigio no era de 500.000 m², sino de 587.174,51 m² y que en virtud de ello la Junta aprobó la restitución de dicha área a su propietario y dio instrucciones a ALIANZA para que solicitara la devolución de los certificados correspondientes a 87.174,51 m².

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

20. En la reunión de junta de mayo 16 de 2002, el señor CARLOS PÍO URIBE hizo entrega a ALIANZA de la minuta de desenglobe de los 587.174,51 m², para que ALIANZA la suscribiera y restituyera dicha área al señor ARTURO PAREJA; luego fue necesario aclarar el acta por cuanto quedó una diferencia en el metraje y en todo caso en el fideicomiso un área de 634.000 m². En la reunión de 20 de octubre de 2003 y mucho después, el 2 de abril de 2009, se dieron instrucciones a ALIANZA para pedir al señor ARTURO PAREJA la devolución de los certificados expedidos sobre el mayor número de metros. Llegado el 11 de mayo de 2012, AKTANI S.A., recordó en la reunión de Junta que se debía pedir la devolución de los plurimencionados certificados a Pareja, ante lo cual ALIANZA informó que revisaría el tema para confirmar la cantidad de metros cuadrados adicionales expedidos y la fecha de la última comunicación enviada.

21. Pasó luego a referirse luego a la cesión de los derechos fiduciarios entregados a BEST LUCK, y comienza su relato refiriéndose al trámite de una prueba anticipada de exhibición de documentos y libros de comercio que promovió NEMECK S.A., contra ALIANZA FIDUCIARIA S.A., para enseguida hacer un recuento de las actuaciones desplegadas desde junio de 2012 hasta agosto de 2016, en torno a un documento titulado "*Declaraciones de los cesionarios y del administrador de los derechos fiduciarios del fideicomiso INM Manzanillo del Mar*", que contiene entre otras cosas la aceptación de los cesionarios adherentes de conocer el contrato de fiducia, aceptar todas las obligaciones contenidas en él y declarar a paz y salvo a ALIANZA por las gestiones realizadas.

22. Trascribió entonces algunas declaraciones donde ALIANZA FIDUCIARIA S.A. informa a NEMECK S.A., sobre la expedición de los certificados y señala que 442.575,49 m² corresponden a tierras efectivamente entregadas al fideicomiso y comenta sobre la expedición que se hiciera a NEMECK S.A., de certificados por 221.287,75 derechos fiduciarios y de esa misma cantidad a GARAVITO & ARÉVALO Y CIA. S. en C., sobre lo cual hace una censura porque se traduce en una extralimitación de facultades por parte de ALIANZA S.A. al expedir certificados que no correspondían a las instrucciones dadas por los Fideicomitentes ni corresponde a las tierras aportadas.

23. Informa que ALIANZA en su rendición de cuentas del periodo comprendido entre 1º de febrero y 30 de abril de 2012, remitido el 28 de septiembre de 2012, nada dijo sobre las cesiones de Pareja a Nemeck y Garavito, tampoco sobre la prueba de inspección judicial y exhibición de documentos; y que el 15 de agosto de 2012 las mentadas Cesionarias, cedieron a su vez el 100% de sus derechos a BEST LUCK a quien ALIANZA le expidió el certificado No. M-0088-00 por 442.575,50 derechos fiduciarios.

24. Explica que el 22 de noviembre de 2012 algunos fideicomitentes objetaron la rendición de cuentas y solicitaron información sobre la anulación otrora ordenada, o en su defecto, que informara sobre nuevas áreas aportadas y la necesidad de retrotraer o revertir las actuaciones adelantadas por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., a lo que esta señaló que se debía proceder a restituir jurídicamente la tierra a la cesionaria del señor PAREJA.

25. En el informe de rendición de cuentas del periodo que va de 1º de noviembre de 2012 a 31 de enero de 2013, ALIANZA manifiesta que para proceder a la restitución de la titularidad jurídica a BEST LUCK, se hace necesario un levantamiento topográfico para posteriormente obtener la licencia de desenglobe; rendición de cuentas que fue objetada por Aktani S.A., en el sentido de cuestionar a ALIANZA S.A., sobre las cesiones por esta

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

aceptadas frente a tierras que nunca entraron a ser parte del fideicomiso, reiterando que se deben retrotraer sus actuaciones.

26. Trascribió en el escrito apartes de la réplica a la objeción que ALIANZA adujo que las tierras se aportaron, que así consta en escrituras públicas registradas y que distinto es el hecho de la ocupación que se ha mantenido durante la vigencia del contrato y que es precisamente por ello que se ordenó la restitución de la titularidad a BEST LUCK como cesionario de ARTURO PAREJA.

27. Avanza la exposición del sustrato fáctico, mediante un recuento de los informes posteriores de rendición de cuentas y sus objeciones, hasta la realizada el 3 de marzo de 2016, todas en torno a la alegación reiterada de un incumplimiento por parte de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

28. Trascribió luego la cláusula séptima descriptiva de las etapas en que se desarrollaría el proyecto y resumió el conjunto de los inmuebles que se han transferido y enunció los documentos que los Fideicomitentes Constituyentes según cláusula décimo segunda, debían entregar durante la Etapa II, relacionados con unos requisitos técnicos como planos, diseños, etc., y unas exigencias financieras y legales como el pago de impuestos, provisión de reglamento de propiedad horizontal sin protocolizar, presupuesto inicial de construcción, etc.

29. Reveló como los Fideicomitentes Constituyentes tramitaron una licencia ambiental y dos de urbanismo y construcción, para lo cual era necesario aportar los referidos documentos. Que en virtud del otorgamiento de la licencia 0161 del 3 de abril de 1998, dando cumplimiento al objeto del fideicomiso, se suscribió el *“contrato de adecuación de tierra para uso de construcción de viviendas”* entre el señor CARLOS PÍO URIBE en calidad de contratante y Cicón S.A., contratista ejecutora de la obra, la cual inició el 1º de agosto de 1999.

30. Relata sobre la ratificación que de todas las actividades realizadas frente al proyecto, hicieran los Fideicomitentes Adherentes en la comunicación de 24 de marzo de 2001 y que justamente en la comunicación del 30 de abril de 2001 los Fideicomitentes Adherentes YADIRA VIVES DE BOTERO, ANTONIO BOTERO ASPRILLA y ARTURO PAREJA NÚÑEZ, manifestaron a ALIANZA S.A. su aceptación y deseo que el contrato de fiducia continuara; que así lo ratificó el señor Antonio Botero el 1º de octubre de 2003 en comunicación dirigida a ALIANZA S.A. manifestando *“me declaro lo suficientemente ilustrado sobre el tema y acepto las razones expuestas para situar el proyecto en la etapa tres”*.

31. Colige que, en ese orden de ideas, vencidos los 6 meses que se habían establecido para la duración de la etapa II, sin que ALIANZA considerara que se podía pasar a la Etapa III, sería el Comité de Fideicomitentes Adherentes quien podría decretar una nueva prórroga.

32. A Continuación presentó un listado de las personas titulares de certificados y con base en eso sostuvo que los Fideicomitentes Adherentes que aceptaron que el proyecto se encontraba en la etapa III representaban más del 95%, porcentaje suficiente para la votación de la toma de decisiones por parte del Comité, y finaliza refiriéndose a

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

comunicación de ALIANZA S.A. de fecha 18 de diciembre de 2012 en la que señala que el fideicomiso se encuentra en la Etapa III, Urbanismo.

33. Una última agrupación de hechos la titula “*Otros incumplimientos de la Fiduciaria*”, y aquí resalta que a esta última le asistía la obligación de dar aviso a los fideicomitentes y a los beneficiarios sobre cualquier imprevisto grave que hiciera temer el desarrollo oportuno o el éxito del fideicomiso; así como la de informar a los fideicomitentes constituyentes y adherentes, las circunstancias que surgieran al momento de la ejecución del contrato y que sean conocidas por ella que puedan incidir de manera desfavorable en el desarrollo del proyecto.

34. Arguye que por el contrario fueron los Fideicomitentes quienes de manera reiterada informaron a la Fiduciaria diferentes clases de perturbaciones de hecho y de derecho que recaían sobre los bienes del patrimonio autónomo, lo cual consta en diversas comunicaciones las cuales cita una a una.

35. Trae a colación los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio para señalar que con base en ellos y en el contrato fiduciario, la fiduciaria está obligada a mantener separados sus bienes personales de los que conforman el patrimonio autónomo Manzanillo del Mar y que en este caso existe una confusión según dan cuenta los folios de matrícula de los bienes que ingresaron al patrimonio autónomo.

36. Saca a relucir que los informes de rendición de cuenta que han debido hacerse en forma trimestral, se han entregado extemporáneamente, teniendo incluso que recurrir a la acción de tutela para obtener respuesta a peticiones en ese sentido y también para que se entreguen copias del acta de 11 de diciembre de 2014; que recibida el acta de esa fecha su contenido no obedece a lo acontecido en dicha reunión. Que no ha cumplido con la obligación de expedir las certificaciones solicitadas desconociendo que las decisiones de la junta serán de obligatorio cumplimiento para las partes. Que ALIANZA no pidió instrucciones a la Superintendencia Financiera ante las dudas referentes a la expedición ilegal de certificados.

En el acápite que titula fundamentos de derecho se refiere a la fuerza obligatoria del contrato de fiducia y recalca un incumplimiento de la Fiduciaria de carácter contractual por omisión, haciendo nuevamente referencia a una expedición ilegal de certificados, a la buena fe que la ley impone y que se refleja en el deber de cooperación, de información, en la confianza legítima, en el respeto de la palabra dado y los actos propios, a la regla “*venire contra factum proprium*”. Arguye un incumplimiento de obligaciones de resultado y la facultad del contratante cumplido para exigir una indemnización de perjuicios o la resolución del mismo.

Las pretensiones.

“Con base en lo anteriormente expuesto, Honorables Árbitros téngase por pretensiones las siguientes:

Primera Principal. *Que se declare que ALIANZA FIDUCIARIA S.A. incumplió el contrato de fiducia instrumentalizado en la Escritura Pública No. 1862 otorgada en la Notaría 18 del Círculo de Bogotá el 13 de abril de 1994 y modificado mediante Escritura pública No. 5279 suscrita el 4 de agosto de 1994 en la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá D.C.*

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Primera Consecuencial de la Primera Principal. Que se obligue a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. a cumplir el contrato de Fiducia instrumentalizado en la Escritura Pública No. 1862 otorgada en la Notaría 18 del Círculo de Bogotá el 13 de abril de 1994 y modificado mediante Escritura pública No. 5279 suscrita el 4 de agosto de 1334 en la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá D.C. y en consecuencia se ordene a ALIANZA:

Suscribir la escritura pública mediante la cual se realice el englobe de los inmuebles que conformen el patrimonio autónomo en un solo predio, excluyendo de dicho englobe el área aportada por ARTURO PAREJA que se encuentra en proceso litigioso, conforme lo ordena la Reglamentación Fideicomiso Manzanillo del Mar.

Anular los certificados expedidos de más, y proceder a la restitución de las áreas de terrenos aportadas por el señor de ARTURO PAREJA que se encuentran en proceso de litigio, de conformidad con las áreas resultantes del levantamiento topográfico que surja de la inspección judicial con dictamen pericial que se practique en el presente proceso, o de no practicarse, que se tenga en cuenta el levantamiento topográfico realizado por los Fideicomitentes Constituyentes que reposa en las instalaciones de ALIANZA FIDUCIARIA, el cual deberá ser aportado por ALIANZA FIDUCIARIA al presente proceso. O en su defecto, que tenga en consideración la resolución de valorización No. 164 del 5 de mayo del 2000 expedida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena “Por medio de la cual se autoriza la inscripción en la oficina de registro e Instrumentos Públicos de Cartagena la escritura pública por medio de la cual se liberan 586.796 m2 del predio identificado con la referencia catastral No. 011300240004000 y matrícula inmobiliaria No. 060-0101666 y se expide un paz y salvo excepcional sobre el mismo predio”.

Cumplir con la obligación de resultado de mantener los bienes del fideicomiso separados de los bienes de su propio patrimonio y proceda a la corrección de las anotaciones correspondientes a la titularidad de los bienes en los certificados de libertad y tradición de los mismos en la oficina de registro de instrumentos públicos del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de los bienes que forman parte del fideicomiso manzanillo del Mar.

Segunda Consecuencial de la Primera Principal. Que se obligue a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. a indemnizar los perjuicios causados a los demandantes a título de daño emergente, consistentes en la suma de **MIL OCHOCIENTOS SIETE MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTIÚN (\$1.807.143.721.00)** moneda legal colombiana o la que resulte probada en el curso del proceso, debidamente actualizada, por concepto de gastos de sostenimiento del Fideicomiso Manzanillo del Mar, o la suma que resulte probada en el proceso.

Tercera Consecuencial de la Primera Principal. Que se obligue a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. a indemnizar los perjuicios causados a los demandantes que resulten probados en el curso del proceso, a título de lucro cesante, en relación con la no realización del negocio jurídico, tomando como fundamento el avalúo comercial No A-4582/2013 del 22 de Octubre de 2013 emitido por la firma ATC (Avalúos Técnicos

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Corporativos S.A.) en cabeza de Gustavo Mendoza respecto a los predios que integran el fideicomiso Manzanillo del mar dentro de las condiciones comerciales actuales de la zona de influencia y los posibles desarrollos urbanísticos en virtud de las normas vigentes a la fecha en el Distrito de Cartagena⁵, así como el acta de radicación de la solicitud de licencia de parcelación, radicación 13001-2-14-0184, expedida el 11 de agosto de 2014 por la Curaduría 2 y Estudio para manejo ambiental del proyecto urbanístico Pio Uribe Palacio. Manzanillo del Mar. Cartagena de Indias D.T y C., realizado por Avalúos Técnicos Corporativos S.A.; estimado en la suma de OCHO MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (8.500.000.000), todo lo cual se deberá actualizar al momento de la sentencia conforme al resultado que arrojen la prueba pericial técnica y financiera se realicen en el curso del mismo.

Cuarta Consecuencial de la Primera Principal. *Que se condene al pago de los intereses moratorios debidamente actualizados y liquidados hasta el momento en que se verifique el pago.*

Segunda Principal. *Que se declare que ALIANZA FIDUCIARIA S.A. actuó con culpa grave en el cumplimiento de sus obligaciones emanadas del contrato de Fiducia instrumentalizado en la escritura Pública No. 1862 otorgada en la Notaría 18 del Círculo de Bogotá el 13 de abril de 1994 y modificado mediante Escritura pública No. 5279 suscrita el 4 de agosto de 1994 en la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá D.C.*

Tercera Principal. *Solicito al honorable Tribunal, que declare que ALIANZA FIDUCIARIA y BEST LUCK obraron de manera contraria a la buena fe incumplieron la obligación de no hacer consistente en evitar suscribir convenios que tengan por objeto “desnaturalizar el negocio fiduciario, desvíen su objeto original o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno v. gr. Los pactos de no responsabilidad en obligaciones propias de un determinado negocio en los cuales es precisamente la responsabilidad de la sociedad fiduciaria la razón de ser de su celebración”, como sucedió con la celebración del Convenio DECLARACIONES DE LOS CESIONARIOS Y DEL ADMINISTRADOR DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS DEL FIDEICOMISO INM MANZANILLO DEL MAR, toda vez que el mismo desnaturaliza el contrato de Fiducia.*

Primera Consecuencial de la Tercera Principal. *Solicito al Honorable Tribunal, que de prosperar la anterior pretensión se ordene a las partes deshacer el Convenio DECLARACIONES DE LOS CESIONARIOS Y DEL ADMINISTRADOR DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS DEL FIDEICOMISO INM MANZANILLO DEL MAR, conforme lo dispuesto los artículos 1612 y siguientes del código Civil y sus normas concordantes.*

Segunda Consecuencial de la Tercera Principal. *Solicito al Honorable Tribunal, que de no prosperar la anterior pretensión, por ser contraria a la buena fe se excluya del convenio DECLARACIONES DE LOS CESIONARIOS Y DEL ADMINISTRADOR DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS DEL FIDEICOMISO INM MANZANILLO DEL MAR, la cláusula de exoneración de responsabilidad según la cual “Declaran a paz y salvo a ALIANZA por la gestión que hasta la fecha ha realizado desde la constitución del Fideicomiso hasta la actualidad y por ende, “liberan a ALIANZA de toda reclamación*

⁵ en el cual se consideraron por el evaluador tres escenarios diversos para determinar el valor del metro cuadrado como son el valor del lote a la fecha del valúo, el valor al momento de obtener licencia de urbanismo y finalmente el valor al momento de obtener licencia de construcción. Predios que para todos los efectos se encuentran identificados y determinados en el proceso y en el avalúo correspondiente.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

económica o responsabilidad económica derivada de la ejecución del Contrato de Fiducia Mercantil que dio origen al FIDEICOMISO INM MANZANILLO DEL MAR”.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

PRIMERA. *En caso de no prosperar la pretensión primera principal solicito al Honorable Tribunal obligue a ALIANZA FIDUCIARIA a cumplir el contrato sin indemnización de perjuicios” (folios 238 a 240 del Cuaderno Principal 5).*

3.13. Oposición presentada por SANDOVAL VIVAS 95 LTDA.

Contestó la demanda arbitral a través de apoderada indicando frente a varios de los hechos, que ellos son ciertos, refiriéndose a aquellos que hacen una transcripción parcial o total del clausulado del contrato. Frente a los demás manifiesta que no le constan y que se atiene a lo que se pruebe.

Frente a las pretensiones manifiesta que se opone a que se declare la terminación del contrato de fiducia por la imposibilidad de desarrollar su objeto, por cuanto ello es contrario a la realidad del proyecto que actualmente está en curso. Así mismo que se opone a la solicitud de declaratoria de resolución del contrato y las consecuentes restituciones solicitadas.

Esta parte no propuso excepciones de mérito

3.14. Oposición del Curador ad litem de LUÍS FERNANDO DE BEDOUT y GONZALO ENRIQUE ISAZA

Contesta la demanda el curador Ad litem que fue designado y manifiesta que la cláusula tercera del contrato inicial solo se refiere a la transferencia que hizo el señor CARLOS PÍO URIBE PALACIO de los lotes ubicados en el corregimiento de La Boquilla en el municipio de Cartagena los cuales enumera.

Que la cláusula sexta no se refiere a la distribución de excedentes sino a aspectos tributarios.

En cuanto al contrato de fiducia vigente admite como ciertos los hechos en relación con este y precisa el texto de las cláusulas séptima y novena.

En lo atinente al aporte hecho por los fideicomitentes adherentes dice no le consta el aporte de más 58 hectáreas hecho por el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ; indica que de acuerdo a las pruebas aportadas por el convocante, en comunicación del 9 de agosto de 1994, el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ solicitó expedir 1.215.000 certificados, de los cuales para entregar a esa fecha eran 715.000 y 500.000 quedaban en custodia y que ALIANZA S.A., señaló que se debían fraccionar 54.716.

Controvierte el hecho de que la Etapa I haya sido prorrogada y señala que el 100% del comité de adherentes aprobó la prórroga de las etapas I y II teniendo en cuenta que se están adelantando operaciones simultáneas de las tres etapas y que la fecha de prórroga quedó en blanco.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

No le consta que ALIANZA se haya negado al registro de la cesión de derechos fiduciarios del señor Pareja, como tampoco sabe del contenido de la cláusula sexta del documento llamado de “declaración”.

Al referirse a las pretensiones se abstuvo de pronunciamiento frente a la primera principal, primera subsidiaria y a las consecuenciales de éstas, por no referirse a sus representados; y se opuso a la segunda principal y segunda subsidiaria.

Esta parte no propuso excepciones de mérito.

3.15. Contestación a la demanda hecha por el Curador ad litem de JAIRO HERNÁN ÁLVAREZ TAMAYO, PEDRO MARÍA DEL RÍO DÍAZ, DARÍO ANTONIO GUSTAVO ADOLFO FUENTES DE BEDOUT, DORA FUENTES DE BEDOUT, CRISTIAN GIL SANTAMARÍA, JOAQUIN ORLANDO HAYDAR, FÉLIZ EMILIO HAYDAR PINILLA, CARLOS HERNANDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ, DORA HELENA LAMOROUX, LILIANA LAMOROUX VALDÉS, ÁLVARO LEMUS, PEDRO NEL FORERO, CLEMENCIA ORTIZ DE URIBE, CAMILO POSSE OBREGÓN, IGNACIO POSSE OBREGÓN, MARÍA ANGÉLICA REYES, SANTIAGO MAURICIO REYES SIGHUINOLFI, DANIEL FERNANDO REYES SIGHUINOLFI, LUZ MIRYAM RODRÍGUEZ, DORA RODRÍGUEZ, CÉSAR FAUSTINO RODRÍGUEZ, MAURICIO RODRÍGUEZ, PAOLA CAMILA URIBE ORTIZ, DORA VALDÉS DE LAMOROUX y PROYECTOS GERENCIALES LTDA. EN LIQUIDACIÓN.

Contestó el curador ad litem señalando que la cláusula tercera del fideicomiso inicial se refiere exclusivamente a la transferencia de recursos por parte del fideicomitente CARLOS PÍO URIBE PALACIO y que la sexta se refiere a aspectos tributarios.

En cuanto al aporte de los fideicomitentes adherentes planteó que la cláusula primera de la escritura N° 6338 del 9 de septiembre de 1994 de la Notaría Sexta de Bogotá se refiere a la transferencia del dominio y posesión sobre un único inmueble y que en la cláusula quinta de la escritura se prevé que ALIANZA entregaría el 100% de la custodia y tenencia del bien a COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., pero que ésta no suscribió tal escritura. No le constan en su mayoría los hechos relacionados con el desarrollo de proyecto.

Frente a las pretensiones se opone a la primera principal, primera subsidiaria y consecuenciales. Frente a las demás señala que sus representados carecen de legitimación para contestar.

Esta parte no propuso excepciones de mérito.

3.16. Contestación a la demanda presentada por el Curador ad litem de BENJAMÍN DE SANTA EUFROSIA MOYA CASTRO

Contestó la demanda el curador ad litem quien se atuvo a lo literal del contenido del contrato de fiducia, lo demás dijo no constarle.

Se opone a la pretensión de resolución del contrato, por cuanto las demás no atañen a su representado.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Las excepciones de mérito expuestas son:

- 1) *Falta de jurisdicción.*
- 2) *La genérica.*

3.17. Oposición hecha por BEST LUCK S.A. a la demanda de reconvención

BEST LUCK S.A., inicia su contestación haciendo una vasta introducción sobre su inconformidad frente a la admisión de la demanda de reconvención, situación que fue resuelta en su momento mediante la respuesta dada a sendos recursos de reposición interpuestos por los demandados en la reconvención.

Hizo BEST LUCK S.A., una expresa manifestación sobre las pretensiones señalando que se opone a todas aquellas dirigidas en su contra.

Se pronunció frente a cada uno de los hechos. En respuesta a los relacionados con la conformación del patrimonio autónomo, admite de modo general que todos son ciertos. En cuanto a la conformación del negocio considera en su mayoría que se trata de una interpretación de las escrituras públicas que contienen el contrato fiduciario y frente a los que no le constan se atiene a lo que se pruebe. No sabe del retiro de los lotes 16, 17, 45 y 46. Los referidos a la tenencia y custodia de los bienes fideicomitidos los calificó de interpretaciones subjetivas de los diferentes documentos enunciados y consideró que las demandantes en reconvención confiesan y dejan claro que la tenencia y custodia de los bienes cedidos al fideicomiso estaban en cabeza de la sociedad COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., y que después esa responsabilidad fue asumida por PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR Ltda.

En cuanto a la expedición ilegal de certificados y al avance del proyecto replicó que se trata de interpretaciones subjetivas de los diferentes documentos enunciados. En cuanto a los hechos relacionados con las cesiones y otros incumplimientos de la fiduciaria, son además hechos de terceros.

Las excepciones de mérito propuestas por BEST LUCK S.A. a la demanda de reconvención son:

- 1) *FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA SOCIEDAD BEST LUCK S.A.*
- 2) *CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE FIDUCIA POR PARTE DE MI REPRESENTADA.*
- 3) *EXCEPCION GENERICA.*

3.18. Resistencia de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. a la demanda de reconvención. Mediante escrito de 31 de octubre de 2016 esta demandada sentó la siguiente posición

A los hechos relacionados con la conformación del negocio, se remitió al texto íntegro del contrato de fiducia. En cuanto a la conformación del negocio señala que no es cierto lo

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

dicho sobre el ingreso de los lotes de ARTURO PAREJA y BEATRIZ MOYA, y aclara que ALIANZA solo es vocera del patrimonio, mas no constructor, ni encargado de conseguir recursos, ni interventor, ni diseñador del proyecto. Solo ejecuta las instrucciones de los fideicomitentes y que a ellos atañe aportar los recursos necesarios para incorporar lotes al fideicomiso. Precisa que ALIANZA S.A. no es parte de los contratos de cesión.

Admite que son ciertos los hechos relacionados con la expropiación, así como los atingentes al retiro de los lotes 16, 17, 45 y 46. Se remite y sujeta al texto íntegro de las escrituras y actas mencionadas en los hechos concernientes a la tenencia y custodia de los bienes. Que los fideicomitentes siempre han estado enterados de la celebración y terminación de contratos de comodato.

En cuanto a la expedición ilegal de certificados aclara que los bienes recibidos en el patrimonio y que fueron aportados por los adherentes quedaron bajo custodia y cuidado de los propios constituyentes. Que no es cierto que ALIANZA haya emitido 1.215.000 m², aspecto que desarrollará en sus excepciones. Llama la atención en cuanto a que ARTURO PAREJA NÚÑEZ 6 años después de aportar las tierras cumpliera con su obligación de hacer el levantamiento topográfico y aclara que ALIANZA S.A., constató a éste los certificados correspondientes a los derechos que correspondían a los metros cuadrados que manifestó transferir en la escritura N° 6338 del 9 de septiembre de 1994. En su mayoría son ciertos los hechos, con algunas precisiones. En cuanto a las cesiones contradice el hecho de que los fideicomitentes constituyentes no estuvieren enterados de la petición de exhibición de documentos elevada por NEMECK S.A., y GARAVITO & ARÉVALO S. EN C., y que además así lo confiesan en el hecho 5.4., de la demanda de reconvencción.

Que no se informó sobre la realización de las cesiones del señor Pareja Núñez, por cuanto los fideicomitentes constituyentes jamás han dado instrucciones relativas a la forma y términos en los que los adherentes ceden sus derechos.

Que NEMECK S.A., y GARAVITO & ARÉVALO S. EN C., conocían del error en que incurrió ALIANZA y que aun así decidieron efectuar posteriores cesiones. Niega haber expedido 715.000 certificados. Expidió certificados por más de 589.750 m², exactamente 750.000 m².

En relación con el avance del proyecto indica que los inmuebles que se han incorporado al fideicomiso son aquellos que a través de escritura pública han sido transferidos y además cuya tenencia ha sido entregada a los fideicomitentes constituyentes.

Niega el hecho de que los fideicomitentes hayan cumplido las obligaciones a su cargo, y destaca que son ellos mismos los que manifestaron que ALIANZA cumplió con las obligaciones derivadas del contrato de fiducia.

En cuanto a los nominados “otros incumplimientos de la Fiduciaria”, aclara que ALIANZA jamás asumió la obligación de custodia y tenencia de los bienes; que es autónoma de decidir acudir ante la Superintendencia Financiera, pues es una obligación contractual.

Que no existe tal confusión de patrimonios puesto que los que están en cabeza de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., lo están en su condición de vocera del fideicomiso. ALIANZA

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

siempre ha emitido sus informes oportunamente. Que los adherentes sistemáticamente se niegan a firmar las actas obstaculizando el desarrollo de la fiducia.

Se opuso en su momento a todas y cada una de las pretensiones puestas en la demanda de reconvención.

Propuso como excepciones de mérito:

1. *“CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ADQUIRIDAS POR ALIANZA E INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LOS FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES.*
2. *ALIANZA HA AJUSTADO SU CONDUCTA A LOS DEBERES QUE SE DERIVAN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.*
3. *SEGÚN EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE, LA OBLIGACION DE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS NO ESTÁ A CARGO DE ALIANZA, SINO DE LOS FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES, DE MANERA QUE ALIANZA NO HA INCUMPLIDO EL DEBER DE COOPERACIÓN QUE SE DERIVA DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE.*
4. *ALIANZA NO DESCONOCIÓ LO ESTABLECIDO EN LA CLÁUSULA NOVENA DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE.*
5. *ALIANZA NO EXPIDIÓ DE MANERA ILEGAL CERTIFICADOS DE PROPIEDAD DE DERECHOS FIDUCIARIOS.*
6. *ALIANZA NO INCUMPLIÓ LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES A SU CARGO EN RELACIÓN CON LA RENDICIÓN DE CUENTAS A LOS FIDEICOMITENTES.*
7. *ALIANZA NO INCUMPLIÓ LA OBLIGACION ESTABLECIDA EN LA CLÁUSULA 5ª DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE.*
8. *ALIANZA NO INCURRIÓ EN ACTOS CONTRARIOS A LOS DEBERES DE LEALTAD Y DE BUENA FE DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.*
9. *ALIANZA NO HA CAUSADO NINGÚN PERJUICIO A LAS CONVOCANTES, Y DE HABER SOPORTADO ÉSTAS ALGÚN PERJUICIO, EL MISMO NO ES IMPUTABLE A LA RESPONSABILIDAD DE ALIANZA.*

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

10. LA CAUSA EFICIENTE DE LOS PERJUICIOS QUE DICEN HABER SOPORTADO LAS CONVOCANTE SON LOS DIVERSOS INCUMPLIMIENTOS QUE HAN INCURRIDO LOS FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES RESPECTO DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE.

11. AUSENCIA DE BUENA FE DE LAS PARTES DEL PROCESO.

12. ALIANZA NO ES EL JUEZ DEL CONTRATO.

13. EXCEPCION GENÉRICA”.

3.19. La demanda de reconvención presentada por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., mediante escrito del 31 de octubre de 2016

Los hechos

1. Se trata de escrito casi similar a la demanda de coparte que presentó ALIANZA S.A. contra BEST LUCK S.A., pues comenzó haciendo referencia al contrato de fiducia contenido en escritura N° 1862 de abril de 1994 y su modificación mediante la escritura N° 5279 de agosto de 1994, transcribe en la réplica las definiciones, el objeto, las cláusulas cuarta, novena, décimo primera, décimo sexta y décimo séptima, consagradas en esta última.
2. Indica que, desde la suscripción del contrato hasta la actualidad, no se ha iniciado la etapa de construcción y comercialización del proyecto, debido a la omisión y pasividad de los fideicomitentes constituyentes de ejecutarlo.
3. Que los fideicomitentes constituyentes incumplieron con la obligación de entregar los recursos necesarios para la ejecución del proyecto, y que actualmente existe diferencias entre constituyentes y adherentes que no pueden ser resueltas por ALIANZA S.A.
4. Que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., no es constructora, ni interventora, ni gerente del proyecto, por lo que no es responsable de la estabilidad del mismo.

Las pretensiones.

“PRETENSIONES PRINCIPALES

Con fundamento en la cláusula compromisoria, y previo el trámite arbitral correspondiente, mediante laudo arbitral solicito se hagan iguales o similares declaraciones y condenas:

PRIMERA PRINCIPAL.- *Que se declare que FEDCO S.A., AKTANI S.A. Y CARLOS PÍO URIBE, incumplieron en Contrato de Fiducia consignado en la escritura pública la escritura pública Nro. 2.579 del 4 de agosto de 1994.*

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

SEGUNDA PRINCIPAL.- *Que como consecuencia de la anterior pretensión, se declare la terminación del Contrato de Fiducia consignado en la escritura pública Nro. 2.579 del 4 de agosto de 1994.*

TERCERA PRINCIPAL.- *Que el Tribunal Arbitral liquide el Contrato de Fiducia consignado en la escritura pública Nro. 2.579 del 4 de agosto de 1994, en los términos del capítulo “Décimo” consignado en las cláusulas Trigésima Primera, Trigésima Segunda, Trigésima Tercera, Trigésima Cuarta y Trigésima Quinta.*

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL.- *Que el Tribunal Arbitral le imparta a ALIANZA las instrucciones necesarias para proceder a la liquidación del Contrato de Fiducia consignado en la escritura pública Nro. 2.579 del 4 de agosto de 1994.*

3.20. La Demanda de coparte presentada por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., el 31 de octubre de 2016

Los hechos

1. Se refiere al contrato de fiducia contenido en escritura N° 1862 de abril de 1994 y su modificación en escritura N° 5279 de agosto de 1994, transcribe las definiciones, el objeto, la cláusula cuarta, quinta, novena, décima primera, décima quinta, décima sexta, décima séptima, consagradas en esta última; pasa luego a referirse a la escritura N° 6338 de septiembre de 1994 contentiva del traspaso de un inmueble del señor ARTURO PAREJA y en la cual él afirmó conocer el contrato de fiducia, transferir 121 hectáreas 5000 m2 aproximadamente. Resalta de la cláusula quinta que la custodia y tenencia estaba a cargo de COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A.

2. Comenta que desde el inicio de la relación contractual el señor PAREJA NÚÑEZ dio instrucciones irrevocables a la fiduciaria para la expedición de certificados y que desde entonces se hizo expresa aclaración de la existencia de tierra efectivamente entregada y otra que no lo fue, quedando tan solo en custodia de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. unos certificados.

3. Indica que de los 190.000 certificados que fueron expedidos a favor de ARTURO PAREJA NÚÑEZ, se realizaron cesiones de cinco certificados así, certificado 001 a AKTANI S.A., certificados 002 y 003 a LUIS FERNANDO DE BEDOUT URREA, 004 a GONZALO ENRIQUE ISAZA URREA y 005 a INVERSIONES EILAT LTDA., cada certificado por 10.000 m2. Señala que de las cesiones efectuadas por el señor PAREJA son actuales fideicomitentes Adherentes además de los mencionados, los señores ANTONIO BOTERO, YADIRA DE BOTERO, BEST LUCK S.A., FEDCO S.A.

4. Hace referencia al levantamiento topográfico donde se advierte que la extensión de tierra que no fue entregada al fideicomiso no era de 500.000 m2 sino de 586.796 m2 y a la Resolución # 164 del 5 de mayo del 2000 del Departamento Administrativo Distrital de Cartagena que autorizó la inscripción en Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, de la escritura por medio de la cual se liberan del predio con matrícula 060-0101666 una porción de terreno de 586.796 m2.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

5. Transcribe apartes del acta No. 10 del 28 de junio de 2000, del acta 11 del 4 de julio de 2000, ambas referentes al desenglobe de tierra que, en virtud de lo anterior, debía hacerse; del acta del 9 de abril de 2002 en la cual se instruyó a ALIANZA para restituir el área real afectada al señor PAREJA quien además debía devolver certificados correspondientes a 87.171,51 m2.

6. Que en virtud de lo anterior ALIANZA FIDUCIARIA S.A., solicitó al señor Pareja la devolución de los certificados y se le informó que se iba a proceder al desenglobe. Que en acta 17 del 16 de mayo de 2002 se aprobó por parte de la junta, la minuta de la escritura de desenglobe y que ALIANZA aclaró que no se podía elevar la escritura hasta tanto se obtuviera paz y salvo de valorización y la devolución de los certificados.

7. Indica que el 5 de julio de 2002, el señor ARTURO PAREJA mediante carta manifestó que cuando él hizo el aporte su predio se encontraba libre de gravámenes, salvo un litigio con el señor Miguel Martínez Hernández por una usurpación y que, para entonces COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., ofreció el apoyo necesario para el rescate, pero que ello quedó sin solución. Ante esa situación ALIANZA FIDUCIARIA S.A., respondió que era exclusiva responsabilidad del señor PAREJA la resolución de ese conflicto y que se estaba a la espera de la devolución de los certificados.

8. Luego transcribe apartes de carta del señor PAREJA NÚÑEZ del 5 de octubre de 2002, en la que, este manifiesta que remite borrador corregido de 58 hectáreas que le van a reintegrar y en la que ALIANZA S.A., reitera el reclamo de devolución de certificados. Así mismo transcribe renglones de carta de 18 de octubre de 2002, dirigida a AKTANI S.A., y la de 21 de octubre de 2002, informando que estaba lista la minuta de desenglobe para firmarla cuando el señor PAREJA estuviera en Bogotá.

9. Sostiene que el señor PAREJA NÚÑEZ jamás realizó la devolución de los certificados y que ni él ni sus cesionarios cumplieron la obligación de sanear la tierra. Se refiere al documento de cesión, a las declaraciones de los cesionarios allí contenidas, las cuales transcribe y arguye que no se analizó nada sobre la devolución que debía hacerse.

10. Anota que ALIANZA accidentalmente consignó en la primera declaración, unas cifras que no corresponden a la realidad de los derechos que se encontraban en cabeza de ARTURO PAREJA, puesto que cuando se refirió a 442.575,49 metros, en realidad se quiso referir a 42.825,49 que es el remanente de tierra que efectivamente fue entregado al fideicomiso y que es lo único de lo que él era titular, y que cuando se dijo que los 87.174,51 m2 corresponden a tierras que no han sido efectivamente entregadas, le faltó adicionar que ARTURO PAREJA NÚÑEZ tampoco entregó 500.000m2.

11. Que de los 500.000 m2 de tierra no entregada, 399.750 m2 corresponden a BEST LUCK S.A., 87.750 a Antonio Botero y 12.500 a CARLOS PÍO URIBE. Que la información correcta sí fue consignada en informe de rendición de cuentas del periodo 31 de noviembre de 2012 a 31 de enero de 2013 sin que BEST LUCK S.A., realizara manifestación alguna.

Las pretensiones.

“PRETENSIONES PRINCIPALES

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Con fundamento en la cláusula compromisoria, y previo el trámite arbitral correspondiente, mediante laudo arbitral solicito se hagan iguales o similares declaraciones y condenas:

PRIMERA PRINCIPAL.- *Que se declare que entre ALIANZA Y BEST LUCK S.A. existe un vínculo contractual que se deriva del Contrato de Fiducia consignado en la escritura pública Nro. 2.579 del 4 de agosto de 1994.*

SEGUNDA PRINCIPAL.- *Que se declare que BEST LUCK S.A. es cesionario de ARTURO PAREJA.*

TERCERA PRINCIPAL.- *Que se declare que BEST LUCK S.A. incumplió el Contrato de Fiducia consignado en la escritura pública Nro. 2.579 del 4 de agosto de 1994.*

CUARTA PRINCIPAL.- *Que se declare que los incumplimientos que le endilgan FEDCO S.A. e INVERSIONES ELIAT S.A.S. a ALIANZA, en caso de llegar a prosperar, son responsabilidad de BEST LUCK S.A.*

QUINTA PRINCIPAL.- *Como consecuencia de la anterior pretensión, se declare que BEST LUCK deberá pagarles a los demandantes en reconvención, la sumas en las que resulte condenada ALIANZA”.*

3.21. La Demanda de reconvención propuesta por la convocante BEST LUCK S.A., mediante escrito de fecha 20 de enero de 2017

Los hechos.

1. Transcribe diversos apartes del clausulado del contrato. Señala que el señor Pareja Núñez adelantó todos los trámites que estaban a su alcance para que la tierra ilegalmente ocupada fuera restituida a ALIANZA, para lo cual solicitó que se le otorgara poder a un abogado que se hiciera cargo de los procesos judiciales.

2. Que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., otorgó el citado poder y que en virtud de ello se promovió proceso ante el juez Segundo Civil del Circuito de Cartagena quien convocó a una audiencia de conciliación que no fue atendida por ALIANZA decretándose la perención del proceso sin que dicha decisión fuese recurrida.

3. Indica que a pesar de que ALIANZA S.A., fue informada de nuevas invasiones, ésta no le revocó la tenencia a COMPAÑÍAS INTEGRADAS ni tomó acciones al respecto. Que el 15 de julio de 1998 el señor PAREJA NÚÑEZ envió una carta a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. donde señaló diversos incumplimientos de ésta, a lo que ALIANZA S.A., respondió trasladando la responsabilidad a COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., y que ningún resultado tuvieron posteriores comunicaciones en igual sentido pues la respuesta de ALIANZA S.A., es que las ocupaciones del predio no eran su responsabilidad.

4. Reitera que hay diversas comunicaciones cruzadas con ALIANZA S.A., para lograr el efectivo cumplimiento de sus obligaciones entorno al predio aportado, sin que se vislumbrara avance alguno, ni revocatoria a la constructora como debió hacerlo ALIANZA.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

5. Menciona que el 20 de mayo de 2004 el señor CARLO PÍO URIBE PALACIO envió una comunicación al Curador Urbano No. 2 certificándole el inicio del proyecto, lo cual es falso.

6. En agosto de 2009 el señor PAREJA NÚÑEZ envió queja formal en contra de ALIANZA S.A. la Superintendencia Financiera.

Las pretensiones.

“Primero. Primera Pretensión Principal: *Que se declare que ALIANZA FIDUCIARIA S.A. incumplió el Contrato de Fiducia Inicial modificado por el Contrato de Fiducia Reformado y el Contrato de Aporte.*

Primera Pretensión Consecuencial a la Primera Principal. *Que como consecuencia de la anterior declaración, y con fundamento en los artículos 1546 del Código Civil, 870 del Código de Comercio y demás normas concordantes, se ordene la Resolución del Contrato de Fiducia Inicial modificado por el Contrato de Fiducia Reformado y el Contrato de Aporte, para lo cual deberá adoptar las siguientes decisiones, o aquellas que considere procedentes:*

1. *Que dentro del término que disponga el H. Tribunal ALIANZA FIDUCIARIA S.A. restituya a favor de Best Luck S.A., en su calidad de fideicomitente adherente, la totalidad de las hectáreas que el señor Arturo PAREJA aportó al fideicomiso Manzanillo del Mar, administrado por la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., o aquellas hectáreas que el H. Tribunal determine corresponden a mi representada.*

Subsidiaria: En el evento que no todas las hectáreas aportadas por el señor Arturo PAREJA, o aquellas que el H. Tribunal determine corresponden a mi representada, no sean de propiedad de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., que ALIANZA FIDUCIARIA S.A. restituya las hectáreas que tenga en su poder y además pague a Best Luck S.A., dentro del término que establezca el H. Tribunal, el valor actual por metro cuadrado de las áreas pérdidas por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., según el avalúo que para este efecto se practique dentro del proceso.

2. *Que dentro del término que disponga el H. Tribunal, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. realice las demás restituciones que se consideren procedentes.*
3. *Que respecto de los bienes fideicomitidos cuya propiedad está sujeta a registro, se disponga la inscripción del laudo respectivo.*

Segunda Pretensión Consecuencial a la Primera Principal: *Que como consecuencia de la declaración de la primera pretensión principal, se declare que ALIANZA FIDUCIARIA S.A. es responsable de todos los incumplimientos que FEDCO S.A e INVERSIONES EILAT S.A.S. le reclaman a BEST LUCK S.A.*

Tercera Pretensión Consecuencia a la Primera Principal: *Que como consecuencia de la primera pretensión principal, se declare que ALIANZA FIDUCIARIA S.A. deberá pagar a*

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

FEDCO S.A. e INVERSIONES EILAT S.A.S. todas las sumas por las que BEST LUCK S.A. resultare condenada en el presente proceso

Pretensión Complementaria: *Que se condene a la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. al pago de las costas y expensas del presente proceso, incluidas las agencias en derecho.*

3.22. Contestación a la demanda de reconvenición de BEST LUCK S.A. en contra de la demanda de coparte presentada por ALIANZA FIDUCIARIA S.A. presentada mediante escrito de 6 de marzo de 2017

Son ciertos todos aquellos hechos en los cuáles se hacen transcripciones parciales del contrato de fiducia.

En relación con el aporte del señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ, ALIANZA S.A., recibió real y materialmente su inmueble, pero parte del mismo se encontraba en ocupación por parte de terceros, por ende, él jamás entregó materialmente a ALIANZA los 486.924,51 m2 de las tierras del fideicomiso.

No es cierto aquél hecho que insinúa que COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., es otorgante de la escritura N° 6338 y que no la habría firmado, simplemente allí se hizo una estipulación en favor y a cargo de un tercero sobre la custodia y tenencia de los bienes. COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., no debía volver a firmar esa escritura, puesto que ya se había comprometido en escritura N° 1862 del 13 de abril de 1994, modificada mediante la escritura N° 5279 de 4 de agosto de 1994.

Que BEST LUCK S.A. está actuando en contravía de sus propios actos pues en la demanda arbitral presentada señaló que *“uno de los lotes fideicomitados por el señor Pareja Núñez estaban parcialmente ocupados, en la Escritura de Aporte el señor Pareja Núñez se comprometió a notificar a ALIANZA una vez se subsanara la ocupación de los lotes...”*.

Resalta que BEST LUCK S.A., reconoció la existencia de terrenos que no fueron aportados al fideicomiso por el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ y el estado de ocupación en que se encontraban. Que ella como cesionaria asume los mismos derechos y obligaciones del cedente.

Que en cuanto al proceso judicial para el cual instituyó apoderado, sí se presentó excusas que soportaban el aplazamiento de la audiencia de conciliación, que dicho profesional debió realizar la conciliación antes de radicar la demanda y que su falta de diligencia no se le puede trasladar a ALIANZA S.A.

Que es falso el hecho de que la oportunidad de recuperar el terreno invadido se haya perdido por culpa de ALIANZA S.A., como tampoco es cierto que ALIANZA S.A., estuviese reteniendo títulos del señor PAREJA NÚÑEZ.

Señala que por expresas instrucciones del contrato de fiducia, ALIANZA S.A., solicitó a COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., que se hiciera cargo de las invasiones, aun cuando la obligación recaía en el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ. Que además se ha de tener en

**TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS
ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO
URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ**

cuenta que ALIANZA S.A., no podía revocar libremente la tenencia ya que la revocatoria solo se daría por la perturbación a la misma o por el uso diferente del objeto.

No es cierto que ALIANZA haya trasladado su responsabilidad a la sociedad COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., por el contrario, el 28 de julio de 1998 le recordó al señor PAREJA NÚÑEZ la obligación que el tenía sobre la tenencia y custodia de los bienes.

Trascribe comunicación remitida al señor CARLOS PÍO URIBE PALACIO el 8 de marzo de 1999, en respuesta a solicitud que este habría hecho de disolver el negocio.

Indica que el pago de honorarios de abogados se hizo con cargo al proyecto y no al fideicomiso, en razón a que las obligaciones con los terceros fueron contraídas por los fideicomitentes constituyentes.

Que el hecho de que el señor Pareja Núñez no hubiese estado en la reunión del 2 de septiembre de 1999, no implica que la Junta del Fideicomiso no pudiera tomar decisiones. Trascribe el acta de la reunión en mención y la de junio 28 del 2000.

Alega que es falso que el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ tuviera que hacerse cargo de los trámites ante las dependencias administrativas de Cartagena y que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., no canceló los honorarios del abogado, ya que a él solo se le había otorgado poder para reclamar ante la Alcaldía el reconocimiento del valor de las tierras afectadas por la construcción del anillo vial. Que CARLOS PÍO URIBE PALACIO y ARTURO PAREJA NÚÑEZ le solicitaron además intervención en los procesos de invasión, y que además con posterioridad ellos informaron que se encargarían directamente del pago.

No es cierta la calificación de “*mentirosa*” que hace BEST LUCK S.A., sobre la comunicación emitida el 12 de julio de 2012 al señor abogado Díaz Olier, pues lo cierto es que el señor Pareja Núñez no ha cumplido con la obligación de sanear ni desenglobar las tierras invadidas.

Que la obligación de tenencia y custodia para el 9 de junio de 2003 seguía en cabeza de PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR Ltda., que por lo demás, si ésta se encontraba adelantando procesos judiciales contra los invasores no habría lugar a revocación alguna.

Sostiene que el hecho de que los fideicomitentes constituyentes no hayan cumplido sus obligaciones, no da lugar a que se predique la invalidez del contrato.

Resalta que las innumerables comunicaciones enviadas por el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ a ALIANZA S.A., no son prueba ni de la supuesta diligencia suya ni de la supuesta negligencia de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. Que éstas no eliminan la obligación que el señor Pareja Núñez tenía de sanear las tierras. Que BEST LUCK persigue desplazar a otros su responsabilidad. Que al señor PAREJA NÚÑEZ se le pidió la devolución de certificados de un número mayor de metros que él nunca había entregado al fideicomiso.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Es cierto que el señor PAREJA NÚÑEZ envió queja formal a la Superintendencia Financiera, a la que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., dio oportuna atención, manteniendo a la junta informada.

Las excepciones de mérito propuestas son:

- 1) *Cumplimiento de las obligaciones adquiridas por ALIANZA bajo el contrato de fiducia y bajo la escritura pública No. 6338 del 9 de septiembre de 1994, "Contrato de aporte".*
- 2) *Incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el señor ARTURO PAREJA y sus cesionarios (entre estos BEST LUCK).*
- 3) *Obligación de guarda y custodia de los bienes fideicomitidos a cargo de los fideicomitentes constituyentes y no a cargo de ALIANZA.*
- 4) *La conducta de ALIANZA fue diligente y de buena fe.*
- 5) *Falta de legitimación en la causa por activa.*
- 6) *Prescripción de 10 años Vs. el incumplimiento que se imputa a ALIANZA.*
- 7) *Excepción genérica.*

3.23. El llamamiento en garantía presentado por BEST LUCK S.A., mediante escrito de fecha 20 de enero de 2017, contra HABITECH CONSTRUCTORA S.A – EN LIQUIDACIÓN-, PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR LIMITADA - EN LIQUIDACIÓN-, COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., AKTANI S.A., CARLOS PÍO URIBE PALACIO, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRIGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Los hechos:

1. Se refiere al contrato de fiducia inicial y su modificación en cuanto a la cláusula segunda, por la cual se creó un nuevo tipo de fideicomitentes denominados fideicomitentes adherentes, se introdujo la Junta de Fideicomiso encargada de ejercer todas las facultades delegadas por los fideicomitentes constituyentes y el Comité de los Fideicomitentes Adherentes encargado de cumplir con las funciones establecidas en el contrato. También a las cláusulas novena y décimo primera, donde se establecieron obligaciones y derechos de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

2. Se refiere a la cláusula quinta de la escritura de aporte en la que se estableció que la tenencia de los bienes se le entregaba a COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., la cual no fue suscrita por esta última.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS
ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO
URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ**

3. Que en vista de que supuestamente 500.000 m2 de los aportados por el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ presentaban una ocupación ilegal, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. S.A. retuvo algunos certificados.
4. Que el señor PAREJA NÚÑEZ adelantó los trámites que estaban a su alcance para restituir la tierra a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. para lo cual solicitó que se le otorgara poder a un abogado que se hiciera cargo de los procesos judiciales.
5. ALIANZA otorgó el citado poder y en virtud de ello se promovió proceso ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartagena quien convocó a una audiencia de conciliación que no fue atendida por ALIANZA FIDUCIARIA S.A. decretándose la perención del proceso sin que dicha decisión fuese recurrida.
6. Comenta que pesar de que ALIANZA FIDUCIARIA S.A. fue informada de nuevas invasiones, ésta no le revocó la tenencia a COMPAÑÍAS INTEGRADAS, tampoco tomó acciones al respecto. Que el 15 de julio de 1998 el señor Pareja envió una carta a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. donde señaló diversos incumplimientos de ésta, a lo que ALIANZA respondió trasladando la responsabilidad a COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., y que ningún resultado tuvieron posteriores comunicaciones en igual sentido pues la respuesta de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. era que las ocupaciones del predio no eran su responsabilidad.
7. Se remite a lo ocurrido el día 2 de septiembre de 1999, cuando en la junta en que no participó el señor ARTURO PAREJA se tomó la decisión de recibirle a COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., la tenencia de los bienes y declararla a paz y salvo por todo concepto. Que posteriormente ALIANZA FIDUCIARIA S.A. suscribió comodato precario con PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR Ltda., quien recibió y afirmó responder hasta por la culpa levísima en vista de que es la única beneficiada de dicho contrato.
8. Señala que el 28 de junio de 2000 en reunión de junta, sin el veto y objeción de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. se habló del desenglobe del lote aportado por el señor Pareja Núñez, a fin de no pagar impuestos sobre la porción invadida aprobando de esta forma incumplimiento flagrante de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
9. Continúa haciendo referencia a comunicaciones cruzadas con ALIANZA FIDUCIARIA S.A. para lograr el efectivo cumplimiento de sus obligaciones entorno al predio aportado sin que se vislumbra avance alguno, ni la revocatoria a la constructora como debió hacerlo ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
10. Menciona que el 20 de mayo de 2004 el señor Carlo Pío Uribe Palacios envió una comunicación al Curador Urbano No. 2 certificándole el inicio del proyecto, lo cual es falso.
11. Se refiere a carta de 21 de julio de 2004 en la que el señor Luis Fernando de Bedout Urrea le solicita a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. la restitución de las tierras, a la carta del 28 de octubre de 2005 en la que el señor Pareja solicitó a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. la liquidación del contrato de fiducia por incumplimiento.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

12. En agosto de 2009 el señor Pareja Núñez envió queja formal a la Superintendencia Financiera en contra de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

Las pretensiones:

“Primera Pretensión Principal: *Que se declare que las sociedades AKTANI S.A y COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., así como los señores CARLOS PÍO URIBE, BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ Y CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ son responsables de todos los incumplimientos que FEDCO S.A e INVERSIONES EILAT S.A.S. le reclaman a BEST LUCK S.A., en virtud de las obligaciones establecidas en el Contrato de Fiducia Inicial modificado por el Contrato de Fiducia Reformado.*

Primera Pretensión Consecuencial a la Primera Principal: *Que como consecuencia de la declaración principal, se declare las sociedades AKTANI S.A y COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., así como los señores CARLOS PÍO URIBE, BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ y CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ deberán pagar a FEDCO S.A. e INVERSIONES EILAT S.A.S. todas las sumas por las que BEST LUCK S.A. resultare condenada en el presente proceso.*

Pretensión Complementaria: *Que se condene a las sociedades AKTANI S.A y COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., así como a los señores CARLOS PÍO URIBE, BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ y CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ al pago de costas y expensas del presente proceso, incluidas las agencias en derecho.*

3.24. Contestación de CARLOS PÍO URIBE PALACIO y AKTANI S.A., al llamamiento en garantía, presentado mediante escrito de 21 de abril de 2017

Aduce inicialmente que el llamamiento en garantía tiene por objeto que se declare responsable al llamado de la condena que llegue a resultar contra el llamante en la sentencia; y que la condena del llamado debe ser en los términos de las pretensiones de la demanda de llamamiento en garantía.

Luego transcribe las pretensiones del llamamiento que le hizo BEST LUCK S.A. y las pretensiones de coparte que a su vez BEST LUCK S.A., le hizo a FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A., para concluir que no existe ninguna pretensión dentro de esta demanda de coparte que tenga por objeto que se declare el incumplimiento de BEST LUCK S.A., frente a FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A. Que son BEST LUCK S.A., y ALIANZA FIDUCIARIA S.A. quienes deben ser declarados responsables.

Su contestación, la separa en dos capítulos que denomina:

“I. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE COPARTE A LA QUE FUIMOS LLAMADOS EN GARANTÍA”.

Inicia señalando que son ciertos aquellos hechos que hacen transcripciones del contrato de fiducia. Que no es cierto que el contrato inicial se haya modificado íntegramente toda vez que algunas cláusulas se mantienen vigentes como por ejemplo la tercera en relación con los bienes que ingresaron al patrimonio.

El apoderado indica cuáles fueron los bienes transferidos a la fiducia por el señor CARLOS PÍO URIBE y refiere lo pactado en cláusula décima de la escritura N° 1862 de

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

1994, en la que COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., compromete el aporte al fideicomiso de la suma de \$640.00.000 en diversas fases, ya reseñadas renglones atrás.

Manifiesta que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., asumió unas obligaciones en el desarrollo de todas las etapas del contrato. Que en efecto por instrucciones del señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ se debían expedir sendos certificados.

En lo relacionado con el levantamiento topográfico reitera que se determinó que el área en proceso de litigio del predio aportado por el señor ARTURO PAREJA, no era de 500.000 m2 sino de 587.174,51 m2, y que en virtud de ello la Junta del Fideicomiso aprobó la restitución de dicha área a su propietario y dio instrucciones a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. para que le solicitaran a Pareja Núñez la devolución de los certificados correspondientes a 87.174,51 m2. Al respecto aduce que dicha devolución debía efectuarse con relación a los certificados efectivamente entregados al señor Pareja y no con relación a aquellos que estaban sujetos a condición.

Sostiene que ALIANZA FIDUCIARIA S.A. no puede desconocer su responsabilidad frente al incumplimiento de obligaciones necesarias para alcanzar el objeto de la fiducia; que es cierto que ni ARTURO PAREJA NÚÑEZ, tampoco sus cesionarios cumplieron con la obligación de sanear la tierra, pero que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., nunca realizó acciones encaminadas a apremiar al señor Pareja Núñez o sus cesionarios.

Precisa que de los 130.000 certificados sobre los que ARTURO PAREJA tenía propiedad y posesión y que era de aquellos que éste devolvería 87.174,51 correspondientes a tierras que estaban en litigio y que fueron certificadas como si estuvieran saneadas.

Contradice el hecho de que ALIANZA FIDUCIARIA S.A. hable de una manifestación accidental en el documento de Declaración de los Cesionarios, sino que corresponde a un incumplimiento de sus deberes. Que lo certificado por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., excede los derechos fiduciarios del señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ.

Que no puede olvidarse que BEST LUCK S.A., no solo fue endosatario de unos títulos, sino que además es el cesionario de la posición contractual que ostentaban NEMECK S.A., y GARAVITO & ARÉVALO Y CÍA. S. EN C., y antes al señor PAREJA NÚÑEZ, y que por ende BEST LUCK S.A., no solo es titular de derechos, sino también de obligaciones que en efecto fueron incumplidas.

Que, aunque se dio a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. la instrucción del desenglobe y la solicitud que se debía hacer de devolución de certificados, ésta no procedió de conformidad.

“II. CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA”.

Son ciertos los hechos que transcriben apartes del clausulado. Precisa que no se corresponde con la realidad contractual que la sociedad BEST LUCK S.A., pretenda con el llamamiento desconocer las obligaciones del señor Pareja Núñez.

Que si bien en la escritura N° 1862 quedó dicho que se entregó la tenencia de los bienes fideicomitidos a los fideicomitentes, eso fue modificado por la escritura N° 5279 mediante la cual se transfirió la propiedad de los bienes a la fiduciaria y no se trasladó la tenencia ni

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

a fideicomitentes ni a terceros, ni tampoco se indicó que los bienes que ingresaran con posterioridad estarían en cabeza de los constituyentes, que por ello es claro que esa tenencia quedaba en cabeza de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como es claro que el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ asumió con ALIANZA S.A., la obligación de entregar la tierra invadida.

Se refiere a la expedición de los certificados y a las instrucciones del señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ, y al área real ocupada del predio según levantamiento topográfico. Que el señor Pareja hubiese solicitado que se otorgara poder a un abogado, no prueba diligencia alguna por parte de éste, que por el contrario él actuó de mala fe y propició la continuación de las perturbaciones. Que independientemente que el proceso judicial terminara por perención, la obligación del señor Pareja seguía en pie, no se liberaba de su obligación con el simple otorgamiento del poder.

Que si bien se celebró un contrato de comodato precario con PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR Ltda., esta no se comprometió a responder por la integridad de los bienes.

Reitera que era obligación de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. adelantar la defensa jurídica de los bienes que componen el patrimonio autónomo del que es titular. Señala que no obstante los recursos necesarios para el pago de abogados requerido para la defensa de los bienes estaban a cargo del señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ.

Se refiere a las distintas etapas del proyecto y aclara que se debe diferenciar lo correspondiente a la custodia y tenencia de los bienes, de lo que corresponde a las actividades pactadas para dar cumplimiento a la etapa de Urbanismo, frente a la cual se suscribió un reglamento.

Manifiesta que BEST LUCK S.A., pretende derivar los problemas generados por las perturbaciones de los bienes fideicomitados de la revocatoria de la tenencia a COMPAÑÍAS INTEGRADAS y luego PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR LTDA., pero aquélla cuando recibió la tenencia de los bienes, ya el predio tenía esa situación vigente siendo la obligación de ARTURO PAREJA NÚÑEZ salir al saneamiento.

Aduce que el señor CARLOS PÍO URIBE en su calidad de representante legal de PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR LTDA., adelantó todas las actividades y medidas para la protección de los bienes dados en comodato, recibiendo incluso amenazas personales y agresiones físicas.

Indica que debe ser verificado por el tribunal los certificados fiduciarios respecto de los cuales ostentaba la titularidad el señor ARTURO PAREJA en el momento de la cesión a Nemeck S.A., y GARAVITO & ARÉVALO S. EN C.

Las excepciones de mérito propuestas son:

- 1) *Relativa a la incongruencia evidenciada en la pretensión principal del llamamiento en garantía.*

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

- 2) *Improcedencia del llamamiento en garantía, en tanto que AKTANI S.A. y CARLOS PÍO URIBE, son parte demandante y litisconsortes necesarios de la pretensión formulada por FEDCO S.A. E INVERSIONES EILAT S-A.S. contra alianza fiduciaria y que esta traslada en su demanda de coparte a BEST LUCK.*
- 3) *Improcedencia del llamamiento en garantía en tanto que no existe afianzamiento por parte de CARLOS PÍO URIBE PALACIO, y/o de AKTANI S.A., en favor de BEST LUCK.*
- 4) *Inexistencia de título o causa jurídica que le de derecho a BEST LUCK a reclamar.*
- 5) *Los incumplimientos que le indilga FEDCO SA e INVERSIONES EILAT SAS a ALIANZA FIDUCIARIA y/o BEST LUCK, no tiene sustento exclusivo en la falta de custodia y defensa de los bienes que integran el patrimonio autónomo, como se pretende en el llamamiento en garantía.*
- 6) *La tenencia de los bienes fideicomitidos, y la obligación de defensa y protección de los mismos estaban a cargo de ALIANZA FIDUCIARIA”*
- 7) *CARLOS PÍO URIBE y la sociedad AKTANI S.A. han cumplido con sus obligaciones contractuales”.*
- 8) *Improcedencia del llamamiento en garantía por parte de BEST LUCK a AKTANI y CARLOS PÍO URIBE, en tanto que aquella sociedad ha incumplido sus obligaciones frente al contrato de fiducia.*

4. EL TRÁMITE ARBITRAL:

A. CONVOCATORIA: La sociedad BEST LUCK S.A., mediante demanda arbitral presentada el 4 de marzo de 2014, convocó a las sociedades ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., y COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., y a los señores CARLOS PÍO URIBE PALACIOS, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ a trámite arbitral con fundamento en la cláusula arbitral transcrita arriba.

B. DESIGNACIÓN ÁRBITROS: El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá por sorteo público que se celebró el 20 de agosto de 2015, sorteó como árbitros a Hernando Andrés Otero, Ricardo Acosta Buitrago y Luis Eduardo Arellano Jaramillo.

Dado que el doctor Ricardo Acosta Buitrago renunció a su cargo de árbitro; el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá sorteó en su remplazo a Edgardo Villamil Portilla.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Hubo entonces la oportuna aceptación.

- C. INSTALACIÓN:** El 8 de mayo de 2014, siendo las 3:30 pm, se dio inicio a la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, en la que se designó como presidente al doctor Ricardo Acosta Buitrago, se nombró como secretaria a la doctora María Consuelo Acosta Cortes y se fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Debido a las recusaciones allegadas por las partes, la doctora María Consuelo Acosta Cortes fue relevada del cargo como secretaria del Tribunal Arbitral, en consecuencia, el doctor Nicolás Lozada Pimiento asumió el cargo de secretario del Tribunal Arbitral.

- D. ADMISIÓN DE LA DEMANDA:** A través del Auto No. 2, el Tribunal determinó que la demanda no contenía los contratos de cesión del Señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ a Nemeck S.A., y a Garavito Arévalo S. en C., que acreditaban la legitimación en la causa de la parte convocante.

Por tanto, el Tribunal resolvió inadmitir la demanda presentada por la sociedad BEST LUCK S.A., contra ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., y COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., y contra los señores CARLOS PÍO URIBE PALACIOS, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ., y dio un término de 5 días para subsanar la demanda, fijando audiencia para el día 24 de junio de 2014.

El día 13 de mayo de 2014, el apoderado de la parte convocante presentó memorial de subsanación de la demanda, por medio del cual adjuntó copia auténtica del contrato de cesión de Derechos Fiduciarios suscrito entre ARTURO PAREJA NÚÑEZ y Garavito y Arévalo S. en C., y Nemeck S.A.

El día 24 de junio de 2014, hubo audiencia del Tribunal Arbitral, en la que se admitió la demanda presentada por BEST LUCK S.A. contra ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ. En consecuencia, se notificó personalmente a las partes convocadas y se les corrió traslado de la demanda con sus anexos, por el término de 20 días para su contestación, con lo que se entendió surtida la notificación personal.

A través de Auto No. 12, se resolvieron adversamente los recursos de reposición interpuestos por las partes convocadas, contra el auto admisorio de la demanda.

- E. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:** El día 1º de septiembre del 2014, el apoderado de la parte demandada, ALIANZA FIDUCIARIA S.A., dio contestación a la demanda interpuesta por BEST LUCK S.A., y presentó simultáneamente demanda de reconvenición.

Debido a la imposibilidad para notificar personalmente al señor BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ, en Auto No. 6 de 22 de septiembre de 2014 se ordenó su

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

emplazamiento, en consecuencia, fue designado el Dr. Gilberto Álzate Ronga como curador ad litem.

La parte convocada ALIANZA FIDUCIARIA S.A., contestó la demanda planteada por la parte convocante el día 1º de septiembre de 2014.

BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ por medio de curador ad litem contestó la demanda planteada por la parte convocante.

Las partes convocadas AKTANI S.A., y CARLOS PÍO URIBE contestaron la demanda planteada por la parte convocante, el día 8 de mayo de 2015

FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A., contestaron la demanda planteada por la parte convocante, el día 13 de junio de 2016.

En escrito con fecha del mismo día, FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A., plantearon demanda de reconvención contra la parte convocante BEST LUCK S.A., y la parte convocada ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

La parte convocante BEST LUCK S.A. contestó la demanda de reconvención, mediante escrito, con fecha de octubre de 2016.

La parte convocada ALIANZA FIDUCIARIA S.A. contestó la demanda en sede de reconvención, mediante escrito fechado 31 de octubre de 2016.

En escrito de la misma fecha, la parte convocada ALIANZA FIDUCIARIA S.A., planteó demanda de reconvención en contra de las partes FEDCO S.A., INVERSIONES EILAT S.A.S., AKTANI S.A., y CARLOS PÍO URIBE.

En escrito de la misma fecha, la parte convocada ALIANZA FIDUCIARIA S.A., planteó demanda de coparte en contra de la parte convocante BEST LUCK S.A.

La parte convocante BEST LUCK S.A. contestó la demanda de coparte, mediante escrito fechado en enero 20 de 2017.

En escrito del mismo día, BEST LUCK S.A., planteó demanda de reconvención frente a la demanda de coparte.

También formuló llamamiento en garantía frente a las partes HABITECH CONSTRUCTORA -EN LIQUIDACIÓN-, PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR - EN LIQUIDACIÓN-, COMPAÑÍAS INTEGRADAS, AKTANI, CARLOS URIBE PALACIO, CARLOS MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ.

En la misma fecha, FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A., contestaron la demanda de reconvención de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

Igualmente, el 20 de enero de 2017 CARLOS PÍO URIBE Y AKTANI S.A., contestaron la reconvención propuesta por ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

En escrito presentado el día 6 de marzo de 2017 ALIANZA FIDUCIARIA contestó la demanda de reconvención planteada por BEST LUCK S.A.

Igualmente, el 20 de enero de 2017 CARLOS PÍO URIBE y AKTANI S.A., contestaron el llamamiento en garantía presentado por BEST LUCK S.A.

Los curadores ad litem presentaron dentro del término de ley sus respectivos escritos de contestación de la demanda inicial

La secretaría corrió traslado conjunto de todas las excepciones de mérito propuestas, así como también de las objeciones al juramento estimatorio realizado en la demanda de reconvención formulada por FEDCO e INVERSIONES EILAT. (Auto No. 54 – Acta No. 35).

F. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN: El día 18 de febrero de 2016, comparecieron a la audiencia, por la parte convocante Manuel Antonio Carvajal García, representante legal de **BEST LUCK S.A.**, el apoderado judicial de **BEST LUCK S.A.** y el apoderado judicial de **ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA**. Por parte de la convocada, comparecieron CARLOS PÍO URIBE PALACIO, el señor NEYEF NUMA SANJUÁN, representante legal de **AKTANI S.A.** y el apoderado judicial de **AKTANI S.A.**

Igualmente se hicieron presentes TATIANA ANDREA ORTIZ BETANCUR, representante legal para asuntos judiciales de **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** y el apoderado judicial de **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**

Escuchados los planteamientos de las partes y quedando clara la imposibilidad de que estas llegaran a un arreglo respecto del fondo de la controversia, el Tribunal Arbitral dio por terminado el intento de conciliación y cerró la audiencia.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal mediante Auto No. 31 del 18 de febrero de 2016, declaró fracasada la audiencia de conciliación y decidió continuar con el trámite legal del proceso arbitral.

G. GASTOS DEL PROCESO: Habiéndose fracasado la audiencia de conciliación, el Tribunal determinó fijar por concepto de honorarios de los integrantes del mismo, secretario, así como las partidas de gastos de administración del Centro de Arbitraje y otros la suma de \$1.564.376.960. más el Impuesto al Valor Agregado – IVA.

H. AUDIENCIA DE TRÁMITE: Habiéndose cubierto los gastos del proceso, se procedió a realizar la primera audiencia de trámite, en donde mediante Auto No. 62 el Tribunal se declaró competente para resolver las controversias contractuales entre las partes.

I. PRUEBAS:

1. Decreto: Mediante Auto No. 63 de 3 de agosto de 2017, el Tribunal Arbitral se pronunció acerca de las pruebas aportadas y solicitadas por las partes en los

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

diferentes escritos presentados por ellas. En dicha providencia se decretó la práctica de las siguientes pruebas:

1.1. Documentales

Se decretaron, con el valor que la ley les otorga, las pruebas documentales aportadas por todos los intervinientes procesales en el transcurso del presente trámite arbitral.

1.2. Interrogatorios de parte con exhibición de documentos

Se decretó la realización de los interrogatorios de parte de:

1.2.1. Interrogatorio de parte con exhibición de documentos del representante legal de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

Esta prueba fue practicada por el Tribunal a instancia de:

- BEST LUCK S.A., por haberla solicitado en su demanda original, en la contestación de la demanda de coparte y en la demanda de reconvención contra la demanda de coparte.
- AKTANI S.A., y CARLOS PÍO URIBE, por haberla solicitado en su contestación a la demanda original y en la contestación al llamamiento en garantía.
- FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A., por haberla solicitado en su contestación a la demanda original y en su demanda de reconvención.
- ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por haberla solicitado como declaración de parte en su demanda de reconvención, en la contestación a la demanda de reconvención presentada por BEST LUCK S.A., como demandado de coparte, en la demanda de coparte, en la contestación de la demanda de reconvención presentada por FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT y en la solicitud de pruebas adicionales en el término de traslado de las excepciones de mérito.

1.2.2. Interrogatorio de parte con exhibición de documentos del representante legal de BEST LUCK S.A.

Esta prueba fue practicada por el Tribunal a instancia de:

- ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por haberla solicitado en su contestación a la demanda original, en su demanda de coparte, en la contestación a la demanda de reconvención de la demanda de coparte y en la solicitud de pruebas adicionales en el término de traslado de las excepciones de mérito.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

- GILBERTO ALZATE RONGA, en su calidad de curador ad litem de Benjamín Medina Rodríguez, por haberla solicitado en su contestación a la demanda original.
- AKTANI S.A., y CARLOS PÍO URIBE, por haberla solicitado en su contestación a la demanda original y en la contestación al llamamiento en garantía.
- FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S., por haberla solicitado en su contestación a la demanda original y en su demanda de reconvención.
- BEST LUCK S.A., por haberla solicitado como declaración de parte en su contestación a la demanda de coparte y en la demanda de reconvención contra la demanda de coparte.

1.2.3. Interrogatorio de parte con exhibición de documentos del representante legal de AKTANI S.A.

Esta prueba fue practicada por el Tribunal a instancia de:

- BEST LUCK S.A., por haberla solicitado en su demanda principal y en el llamamiento en garantía.
- ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por haberla solicitado en su contestación a la demanda de reconvención presentada por FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S., en su demanda de reconvención y en la solicitud de pruebas adicionales en el término de traslado de las excepciones de mérito.
- AKTANI S.A., y CARLOS PÍO URIBE, por haberla solicitado como declaración de parte en su contestación a la demanda original.

1.2.4. Interrogatorio de parte del representante legal de INVERSIONES EILAT S.A.S.

Esta prueba fue practicada por el Tribunal a instancia de:

- CARLOS ANGARITA ANGARITA, en su calidad de curador ad litem de LUIS FERNANDO DE BEDOUT y GONZALO ISAZA, por haberla solicitado en su contestación a la demanda de reconvención presentada por FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S.
- BEST LUCK S.A., por haberla solicitado en su contestación a la demanda de reconvención presentada por FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S.
- ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por haberla solicitado en su contestación a la demanda de reconvención presentada por FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S., y en su demanda de reconvención.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

1.2.5. Interrogatorio de parte del representante legal de FEDCO S.A.

Esta prueba fue practicada por el Tribunal a instancia de:

- CARLOS ANGARITA ANGARITA, en su calidad de curador ad litem de LUÍS FERNANDO DE BEDOUT y GONZALO ISAZA, por haberla solicitado en su contestación a la demanda de reconvención presentada por FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S.
- BEST LUCK S.A., por haberla solicitado en su contestación a la demanda de reconvención presentada por FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S.
- ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por haberla solicitado en su contestación a la demanda de reconvención presentada por FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S., y en su demanda de reconvención.

1.2.6. Interrogatorio de parte con exhibición de documentos del representante legal de COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A.

Esta prueba no fue practicada en virtud del desistimiento presentado por el apoderado de BEST LUCK S.A., y aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 76.

1.2.7. Interrogatorio de parte con exhibición de documentos de CARLOS PÍO URIBE PALACIO.

Esta prueba fue practicada por el Tribunal a instancia de:

- BEST LUCK S.A., por haberla solicitado en su demanda original y en su llamamiento en garantía.
- ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por haberla solicitado en su contestación a la demanda de reconvención presentada por FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S., en su demanda de reconvención y en la solicitud de pruebas adicionales en el término de traslado de las excepciones de mérito.
- FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S., por haberla solicitado en su contestación a la demanda original y en su demanda de reconvención.
- AKTANI S.A., y CARLOS PÍO URIBE, por haberla solicitado como declaración de parte en su contestación a la demanda original.

1.2.8. Interrogatorio de parte de CARLOS MEDINA RODRIGUEZ.

Esta prueba no fue practicada en virtud del desistimiento presentado por el apoderado de BEST LUCK S.A., y aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 76.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

1.2.9. Interrogatorio de parte de BENJAMÍN MEDINA RODRIGUEZ.

Esta prueba no fue practicada en virtud del desistimiento presentado por el apoderado de BEST LUCK S.A., y aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 76.

1.3. Testimonios

Se decretaron las declaraciones testimoniales de las siguientes personas:

1.3.1. ARTURO PAREJA NÚÑEZ

Debido a la inasistencia del testigo el Tribunal mediante Auto No. 77 prescindió de la prueba testimonial decretada.

1.3.2. LEONARDO GARAVITO GARCÍA, representante legal de GARAVITO & ARÉVALO.

Debido a la inasistencia del testigo el Tribunal mediante Auto No. 77 prescindió de la prueba testimonial decretada.

1.3.3. HERNANDO RUEDA AMOROCHO, representante legal de NEMECK S.A.

Esta prueba fue practicada por el Tribunal a instancia de:

- BEST LUCK S.A., por haberla solicitado en la contestación a la demanda de reconvención, en la contestación a la demanda de coparte, en la reconvención a la demanda de coparte y en el llamamiento en garantía.
- ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por haberla solicitado en su contestación a la demanda de original.
- GILBERTO ALZATE RONGA, por haberla solicitado en su calidad de curador ad litem de Benjamín Medina Rodríguez, en su contestación a la demanda original.
- FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S., por haberla solicitado en su contestación a la demanda original y en su demanda de reconvención.

En dicha diligencia, el testigo exhibió los siguientes documentos:

- Poder conferido por ARTURO PAREJA al señor HERNANDO RUEDA AMOROCHO a ALIANZA FIDUCIARIA S.A del 20 de octubre de 2010.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

- Certificado de existencia y representación de la sociedad NEMEK S.A.S. expedido por la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ el 13 de diciembre de 2017.
- Escritura pública No. 1862 del 13 de abril de 1994.
- Copia número 11 de la Escritura Pública No. 6338 de 9 de septiembre de 1994.
- Comunicación de ARTURO PAREJA NÚÑEZ dirigida a ALIANZA FIDUCIARIA S.A., enviada el 6 de agosto de 2007, relacionada con la firma del acta de certificación de que el proyecto se encontraba en la III etapa.
- Certificados de derechos fiduciarios expedidos por ALIANZA FIDUCIARIA S.A a favor del señor ARTURO PAREJA el 18 de enero de 1995.
- Comunicado de los señores ARTURO PAREJA NÚÑEZ y ANTONIO BOTERO ASPRILLA al señor LUIS FERNANDO DE BEDOUT relacionado con la condición suspensiva a la que se encontraba sujeta la cesión de derechos fiduciarios.
- Comunicado del señor LUIS FERNANDO DE BEDOUT al señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ del 31 de octubre de 2007, en la que acusó recibo de las cesiones de certificados de derechos fiduciarios enviados por el señor NÚÑEZ.
- Comunicado del señor HERNANDO RUEDA AMOROCHO a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. de fecha 4 de marzo de 2011, mediante el cual allegó la una comunicación del señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ en la que manifestó la cesión de la totalidad de los derechos fiduciarios a favor de las sociedades GARAVITO & AREVALO S en C y NEMEK S.A.
- Notificación de cesión de certificados fiduciarios del 4 de abril de 2011, enviada por el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ a ALIANZA FIDUCIARIA.
- Solicitud de información frente el fideicomiso “Manzanillo del mar” del 5 de mayo de 2011, enviada por el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ a la firma ALIANZA FIDUCIARIA. S.A.
- Respuesta a la comunicación del 5 de mayo de 2011, enviada el 9 de junio de 2011 por ALIANZA FIDUCIARIA al señor HERNANDO RUEDA AMOROCHO.
- Entrega de los Certificados de Propiedad de Derechos fiduciarios realizada por ALIANZA FIDUCIARIA S.A. al señor HERNANDO RUEDA AMOROCHO el 28 de junio de 2012.
- CERTIFICADO DE PROPIEDAD DE DERECHOS FIDUCIARIOS INM MANZANILLO DEL MAR No. M-0086-00 expedida el 27 de junio de 2012.
- CERTIFICADO DE PROPIEDAD DE DERECHOS FIDUCIARIOS INM MANZANILLO DEL MAR No. M-0087-00 expedida el 27 de junio de 2012.
- Rendición trimestral comprobada de cuentas del 28 de septiembre de 2012 enviada por ALIANZA FIDUCIARIA S.A al señor HERNANDO RUEDA AMOROCHO representante legal de NEMEK S.A.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

- Rendición trimestral comprobada de cuentas del 28 de septiembre de 2012 enviada por ALIANZA FIDUCIARIA S.A al señor LEONARDO GARAVITO GARCÍA representante legal de GARAVITO & AREVALO & Y CIA S EN C.
- Rendición trimestral comprobada de cuentas del 19 de noviembre de 2012 enviada por ALIANZA FIDUCIARIA S.A al señor CARLOS PIO URIBE.

1.3.4. JUAN PABLO URIBE

Esta prueba no fue practicada en virtud del desistimiento presentado por las apoderadas de AKTANI S.A., CARLOS PIO URIBE, FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S., y aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 76.

1.3.5. IRMA ESCAMILLA

Esta prueba no fue practicada en virtud del desistimiento presentado por las apoderadas de AKTANI S.A., CARLOS PIO URIBE, FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S., y aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 74.

1.3.6. ALEJANDRO GARTNER

Debido a la inasistencia del testigo el Tribunal mediante Auto No. 77 prescindió de la prueba testimonial decretada.

1.3.7. JAIME DÍAZ OLIER

Debido a la inasistencia del testigo el Tribunal mediante Auto No. 77 prescindió de la prueba testimonial decretada.

1.3.8. MIGUEL ENRIQUE BAYTER

Esta prueba no fue practicada en virtud del desistimiento presentado por el apoderado de BEST LUCK S.A., y aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 78.

- 1.3.9. JOHANA GONZÁLEZ, Directora de Gestión de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**
Esta prueba no fue practicada en virtud del desistimiento presentado por el apoderado de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., y aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 77.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

1.3.10. TATIANA ANDREA ORTIZ BETANCURT, Directora Jurídica de Procesos de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

Esta prueba no fue practicada en virtud del desistimiento presentado por el apoderado de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., y aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 77.

1.3.11. MARIO AUGUSTO GÓMEZ CUARTAS, Vicepresidente Jurídico de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

Esta prueba no fue practicada en virtud del desistimiento presentado por el apoderado de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., y aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 77.

1.3.12. MIGUEL ANTONIO CARVAJAL

Esta prueba no fue practicada en virtud del desistimiento presentado por el apoderado de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., y aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 78.

1.3.13. CARLOS PÍO URIBE

Esta prueba fue practicada por el Tribunal a instancia de:

- ALIANZA FIDUCIARIA S.A por haberla solicitado en la contestación a la demanda de reconvención de BEST LUCK S.A. como demandado de coparte.

1.3.14. NEYEF NUMA SANJUÁN

Esta prueba fue practicada por el Tribunal a instancia de:

- ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por haberla solicitado en la contestación a la demanda de reconvención de BEST LUCK S.A., como demandado de coparte.

1.4. Oficios

Atendiendo las solicitudes de las partes, el Tribunal libró por secretaría los siguientes oficios:

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

1.4.1. Oficio solicitado al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para que esa autoridad informe al Tribunal si existe o existió una resolución mediante la cual fue declarada como zona franca turística un área del proyecto MANZANILLO DEL MAR. En caso de existir, remitir copia auténtica de la misma y de sus antecedentes administrativos.

Esta prueba fue practicada por el Tribunal a instancia de:

- BEST LUCK S.A., por haberla solicitado en su demanda original.

1.4.2. Oficio a la Administración del edificio ubicado en la Avenida 15 # 100-43 de Bogotá, para que certifique el ingreso a las oficinas de ALIANZA FIDUCIARIA de:

- Néstor Camilo Martínez Beltrán, identificado con cédula de ciudadanía número 79.934.596.
- Hernando Rueda Amorocho, identificado con cédula de ciudadanía número 91.220.539.
- David Rueda Mantilla, identificado con cédula de ciudadanía número 1.032.419.817.

Esta prueba fue ordenada por el Tribunal a instancia de:

- ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por haberla solicitado en su contestación a la demanda original.

1.4.3. Oficio al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena a fin de que certifique el área, los linderos y la cabida de la parte del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-101666, expropiado mediante resolución 026 del 13 de enero de 2006 y que formaba parte del patrimonio autónomo MANZANILLO DEL MAR al momento de su constitución.

Esta prueba fue practicada por el Tribunal a instancia de:

- FEDCO e INVERSIONES EILAT, en su demanda de reconvención.

1.5. Exhibición de documentos

Se decretaron las exhibiciones de documentos solicitadas por las partes, que fueron practicadas simultáneamente con los interrogatorios de parte y los testimonios arriba decretados.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Estas pruebas fueron practicadas por el Tribunal a instancia de:

- BEST LUCK. S.A., tal como fue solicitado en el escrito de demanda original, en el escrito de traslado de excepciones de mérito de 1º febrero de 2016, en la contestación a la demanda de coparte, en el escrito de reconvencción contra la demanda de coparte y en el llamamiento en garantía.
- ALIANZA FIDUCIARIA S.A., tal como fue solicitado en el escrito a la contestación a la demanda inicial (folios 138 a 140 del Cuaderno Principal 2) y en el traslado de la solicitud de intervención litisconsorcial de ANTONIO MARÍA BOTERO (folios 318 y 319 del Cuaderno Principal 2)
- AKTANI S.A., y CARLOS PÍO URIBE, tal como fue solicitado en la contestación de la demanda principal.
- FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S., tal como fue solicitada en la contestación a la demanda principal y en la demanda de reconvencción presentada por ellos.

1.6. Prueba pericial

Se listan a continuación las pruebas periciales decretadas por el Tribunal:

- **Dictamen pericial técnico** rendido por el perito CARLOS FERNANDO LUNA RÍOS.
- **Dictamen pericial evaluador** rendido por la sociedad W.R. INGENIEROS AVALUADORES S.A.S.
- **Dictamen pericial financiero** rendido por el perito JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO HERNÁNDEZ.

Por secretaría, el 21 de diciembre de 2017, se corrió traslado a las partes de los dictámenes periciales por el término legal, presentados por los peritos CARLOS FERNANDO LUNA RÍOS, JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO HERNÁNDEZ y W.R. INGENIEROS AVALUADORES S.A.S.

Por secretaría, el 9 de enero de 2018, se corrió traslado a las partes de la respuesta a la solicitud de complementación del dictamen pericial, presentada por los peritos CARLOS FERNANDO LUNA RÍOS, JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO HERNÁNDEZ y W.R. INGENIEROS AVALUADORES S.A.S, por el término de cinco (5) días.

1.7. Pruebas Testimoniales decretadas de oficio por el Tribunal

1.7.1. Testimonio del representante legal de HABITECH CONSTRUCTORA S.A. EN LIQUIDACIÓN.

Debido a la inasistencia del testigo el Tribunal mediante Auto No. 78 prescindió de la prueba testimonial decretada.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

1.7.2. Testimonio del representante legal de PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR.

Debido a la inasistencia del testigo el Tribunal mediante Auto No. 78 prescindió de la prueba testimonial decretada.

J. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Habiéndose practicado cada una de las pruebas, mediante el Auto No. 87 del 31 de enero de 2018, el Tribunal declaró el cierre del periodo probatorio y fijó el día 12 de febrero de 2018 para que se desarrollaran los alegatos de conclusión.

En audiencia de alegaciones celebrada el 12 de febrero de 2018, los apoderados de las partes convocante y convocada presentaron sus argumentos, lo propio hicieron los demás vinculados como partes principales y terceros.

Cada uno de los representantes de los núcleos de intereses más relevantes en este asunto, presentaron sus alegaciones verbales apoyo de sus pretensiones, destacando cada uno de ellos que elementos de la actividad probatoria vienen a corroborar las hipótesis te sostienen.

Igualmente entregaron al Tribunal extensos escritos que contienen sesudos análisis sobre la dogmática de las instituciones jurídicas concernidas en este litigio y la valoración probatoria que a su juicio corresponde hacer.

K. DURACIÓN DEL ARBITRAJE: Conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, la duración del presente trámite fue la siguiente:

- a. La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 3 de agosto de 2017.
- b. El término de seis (6) meses de duración del trámite arbitral dispuesto en la ley vencería el 5 de febrero de 2018.
- c. En virtud de la desintegración del Tribunal, el término estuvo suspendido del 3 de agosto de 2017 hasta el 20 de noviembre de 2017, día en el que se conformó de nuevo.
- d. De acuerdo con lo anterior, han transcurrido dos (2) meses y veintiséis (26) días del término del arbitraje.

L. PRESUPUESTOS: Se verificó por parte del Tribunal que las distintas demandas fueron presentadas en debida forma, se constató igualmente la competencia del Tribunal para decidir sobre las cuestiones sometidas a su conocimiento, se verificó la existencia y capacidad de las partes, y, en general, que se encuentran cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral.

M. SANEAMIENTO DEL PROCESO: Previo al pronunciamiento sobre las pretensiones de las demandas que instaron el presente trámite arbitral, el Tribunal ha controlado que no existen nulidades procesales que ameriten la posibilidad de abstenerse de producir un pronunciamiento de fondo. Adicionalmente, se

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

evidencia que aquellas eventuales nulidades que pudieron haber existido, no fueron manifestadas por las partes en la oportunidad dada previo al inicio de la audiencia de alegatos de conclusión, por lo cual, han sido saneadas.

En este sentido, el Tribunal registra que no quedaron pendientes pruebas por practicar, ni se pretermitieron oportunidades para que las partes ejercieran su derecho de defensa y contradicción. Por el contrario, las partes pudieron ejercer a plenitud toda la actividad procesal en defensa de sus intereses, tarea que el Tribunal propició sin mas restricciones que las previstas expresamente en la ley.

El Tribunal arbitral, entonces, procede a pronunciarse sobre todas y cada una de las pretensiones que fueran formuladas en la demanda inicial, en las demandas de reconvencción, en la demanda de coparte y en las distintas intervenciones que delinear el objeto de este litigio.

II. CONSIDERACIONES

Con el fin de disipar el conjunto de incertidumbres y desacuerdos entre todas las partes, que en distintos momentos concurren a formar el patrimonio autónomo Fideicomiso Manzanillo del Mar, el Tribunal acomete su tarea con las siguientes,

1. CONSIDERACIONES GENERALES

- 1.1. *El contrato y la causa.*
- 1.2. *El contrato celebrado y la aplicación de estos efectos.*
- 1.3. *La relación negocial y la buena fe contractual.*
- 1.4. *Los órganos del fideicomiso y sus obligaciones.*
 - 1.4.1. *El comité de fideicomitentes adherentes*
 - 1.4.2. *La Junta del Fideicomiso*
 - 1.4.3. *Fideicomitentes Adherentes*
- 1.5. *Los cesionarios de los derechos fiduciarios de ARTURO PAREJA.*

2. CONSIDERACIONES ESPECIALES.

- 2.1. *Consideración general sobre las fuentes del derecho en el caso concreto.*
- 2.2. *Cuestión metodológica.*
- 2.3. *Sobre las pretensiones de la demanda principal. Imputaciones contra la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. impetradas por BEST LUCK S.A.*
 - 2.3.1. *Principal.*
 - 2.3.1.1. *Sobre la pérdida de bienes del fideicomiso.*
 - 2.3.1.2. *Sobre la tenencia de los bienes fideicomitados.*
 - 2.3.1.3. *Carencia de legitimación para demandar por ser BEST LUCK S.A. contratante incumplido.*
 - 2.3.2. *Segunda pretensión Principal.*
 - 2.3.3. *Pretensión primera consecencial de la primera y/o segunda principal.*
 - 2.3.4. *Pretensiones subsidiarias reclamadas por BEST LUCK S.A. Segunda subsidiaria.*
 - 2.3.5. *Primera subsidiaria.*
 - 2.3.5.1. *Pretensión de terminación del contrato por la imposibilidad absoluta de realizar los fines del fideicomiso, reclamada por la sociedad BEST LUCK S.A.*
 - 2.3.5.2. *Pretensión de terminación del contrato fundada en el vencimiento del término legal.*
- 2.4. *Intervención litisconsorcial por activa promovida por ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA.*
- 2.5. *Demanda de reconversión interpuesta por FEDCO S.A. e INVERSIONES EILAT S.A.S. contra ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y BEST LUCK S.A.*
 - 2.5.1. *Consideraciones del Tribunal sobre la tenencia.*
 - 2.5.2. *Expedición inexacta de derechos fiduciarios.*
- 2.6. *Demanda de reconversión de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. contra FEDCO S.A., ATKANI S.A., INVERSIONES ELILAT S.A.S. y CARLO PÍO URIBE PALACIO.*

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

- 2.7. *Demanda de Coparte de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. contra BEST LUCK S.A.*
- 2.8. *Demanda de reconversión a la demanda de coparte, puesta por la Sociedad BEST LUCK S.A. contra ALIANZA FIDUCIARIA S.A.*
- 2.9. *Llamamiento en garantía.*
- 2.10. *Adhesión de YADIRA VIDES DE BOTERO.*

3. **CONCLUSIONES**

4. **SOBRE LA LIQUIDACIÓN**

5. **SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO**

6. **SOBRE LA CONDUCTA DE LAS PARTES**

7. **COSTAS DEL PROCESO**

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. EL CONTRATO Y LA CAUSA

Es y ha sido el contrato, para los civilistas, desde el Derecho Romano, una de las principales fuentes de obligaciones consistente, en términos generales, en el acuerdo de voluntades encaminado a generar obligaciones; y de conformidad con lo definido por el Código Civil en su artículo 1495, se da a la acepción contrato el mismo significado de convención, hecho este criticado por alguna parte de la doctrina pero que obedece al desdoblamiento del Derecho Romano cuando sí había precisión en el significado de cada uno de estos institutos. Para el derecho comercial, el concepto de contrato a la luz de lo previsto en el artículo 864 del Código de Comercio, tiene una connotación más amplia al definirlo como acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar o extinguir entre las partes una relación jurídica patrimonial.

De todas maneras y cualquiera sea la forma como se entienda, el contrato constituye un acto jurídico a través del cual sus intervinientes expresan su voluntad y ella necesariamente se materializa en un acto volitivo que debe ser consciente y libre, además que sus creadores deben ser plenamente capaces para su validez final.

Pero tratándose de un acto de voluntad de personas con capacidad de raciocinio, el acto contractual debe ser producto de una motivación que finalmente se traduzca en la creación del mismo, lo que constituye uno de sus elementos estructurales que la ley, en el caso del Código Civil Colombiano, denomina causa, bien en su concepción clásica y entendido allí el concepto como motivo próximo a la declaración de voluntad, en este caso el contrato, que es de carácter abstracto e integrante del mismo, o bien en la concepción moderna de Louis Jossierand, entendida como los móviles determinantes que llevan a las partes a contratar, y que son individuales, concretos y por ende, en principio, ajenos a la estructura contractual, pero que en un momento determinado y por voluntad de las partes puede integrarse con ella y así hacer parte de su esencia para tener influencia determinante en la formación y desarrollo del contrato mismo.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Es así como la doctrina ha distinguido entre la causa de la obligación y la causa del contrato, para entender que la primera es parte sustancial de la relación obligacional sin la cual no puede existir, consistiendo en la contraprestación que cada una de las partes recibe como consecuencia de la prestación a que se obliga, en los contratos bilaterales, y la segunda es meramente accidental y que si bien en principio no hace parte del acto jurídico llamado contrato pues son motivos individuales, por voluntad de las partes y ante la realidad de que el acuerdo se celebró en gran parte como consideración a dicha motivación, pasa a ser de la estructura contractual y por ende a influir determinadamente en ella.

Es decir que las dos concepciones de causa en las circunstancias planteadas, la clásica y la moderna, cuando los móviles mediatos que constituyen la segunda entran a ser parte estructural del contrato por voluntad de sus creadores, influyen en su generación y en la ejecución del mismo.

La validez, cumplimiento o incumplimiento de un determinado contrato tiene que emanar necesariamente, entonces, del análisis que de él se haga a la luz de esas concausas, motivos y móviles que fueron determinantes en el consentimiento expresado.

1.2. EL CONTRATO OBJETO DE ESTE LITIGIO Y LA APLICACIÓN DE ESTOS CONCEPTOS

Los contratos sometidos al análisis de este Tribunal en todas sus aristas y vicisitudes cuanto a su cumplimiento, fueron solemnizados, inicialmente, mediante la escritura pública N° 1862 del 13 de abril de 1994, otorgada ante el Notaría 18 del Círculo Notarial de Bogotá D.C., cuyos otorgantes fueron CARLOS PÍO URIBE PALACIO, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRIGUEZ, BENJAMIN MEDINA RODRIGUEZ, todos actuando en sus propios nombres, e ISAAC MILDENBERG MARTAHAIN, en su condición de representante legal de la sociedad denominada COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., en calidad de fideicomitente, y la Sociedad FIDUCIARIA ALIANZA S.A., en condición de fiduciaria, quienes celebraron un contrato de fiducia mercantil irrevocable con el fin de constituir un patrimonio autónomo con los bienes transferidos por los fideicomitentes iniciales, y los que se transfirieran con posterioridad, así, como por los recursos monetarios que se vincularen al mismo, provenientes del recaudo de cuotas iniciales o cuotas mensuales de los eventuales promitentes compradores, los créditos otorgados por entidades financieras o por terceros, los recursos propios de los Fideicomitentes o por cualquier otro recurso monetario, y también su administración, con el fin de desarrollar el proyecto urbanístico y de construcción denominado MANZANILLO DEL MAR, edificado sobre los inmuebles fideicomitados, para lograr su venta por unidades desarrolladas o en conjunto, en un todo de conformidad con lo previsto en el contrato y las decisiones de la Junta del Fideicomiso.

Posteriormente, mediante la escritura pública N° 5279 del 4 de agosto de 1994 otorgada ante Notaría 6ª del Círculo Notarial de Bogotá, los Fideicomitentes iniciales conjuntamente con la sociedad AKTANI LTDA., encargada de adelantar todas las actividades de promoción del proyecto y las necesarias para el desarrollo adecuado de los predios del Patrimonio Autónomo, así como la consecución de los recursos financieros, a quien los constituyentes iniciales le confirieron el derecho de actuar como Fideicomitente

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

constituyente, procedieron a modificar el contrato de fiducia mercantil al cual ya se hizo referencia. En su cláusula tercera, expresaron que *“el objeto del presente contrato consiste en la estructuración y el desarrollo de un proyecto de urbanización y construcción en la ciudad de Cartagena, el cual se desarrollará en las cuatro 4) etapas que se definen y describen más adelante”*.

Igualmente, los FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES⁶ dispusieron lo siguiente:

(1) Que quienes entreguen a título de fiducia mercantil terrenos aledaños a los bienes fideicomitidos, adquieren el carácter de FIDEICOMITENTES ADHERENTES y FIDUCIARIA ALIANZA *“les hará entrega de una certificación en la cual conste que los Fideicomitentes adherentes tendrán derecho a participar en el siete por ciento (7%) de las ventas liquidado al momento de la venta de cada inmueble, y de los ingresos netos generados por la explotación de los bienes vinculados al fideicomiso liquidados trimestralmente, o cuando el monto acumulado a repartir llegue a la suma de ciento cincuenta millones (\$150.000.000), en proporción al número de metros cuadrados que haya aportado, descontados aquellos que le hayan sido cancelados bien por el fideicomiso, o bien por COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A. y/o AKTANI LTDA, pues en tal caso dichas certificaciones le serán entregadas a quienes efectúen dicho pago. En consecuencia, cada FIDEICOMITENTES ADHERENTES participaran conjuntamente con los demás FIDEICOMITENTES ADHERENTES y con otros títulos de certificados, en proporción al número de metros cuadrados así calculados, en el entendido de que cada certificado, tendrá el valor de un (1) metro cuadrado de terreno”*⁷; (2) Los FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES Y COMPAÑÍAS INTEGRADAS LTDA., y AKTANI LTDA., se *“comprometieron a facilitar los recursos necesarios para la adquisición de los terrenos que por disposición de la Junta del fideicomiso deban ser integrados al patrimonio autónomo, o para cubrir los demás gastos que a juicio de acuerdo con la Junta del Fideicomiso deban efectuarse o los que se requieran para el normal desarrollo del fideicomiso...”*⁸; (3) El fideicomiso *“no podrá tener un pasivo por concepto de adquisición de terrenos, mayor al quince por ciento (15%) del avalúo comercial de todos los terrenos que conforman el patrimonio autónomo”*; (4) El proyecto inmobiliario se dividirá en cuatro etapas, así:

ETAPA I: ADQUISICIÓN DE INMUEBLES: Con una duración de 6 meses *“comprende las gestiones necesarias tendientes a incorporar los predios aledaños al inmueble fideicomitado, de conformidad con lo decidido por la Junta del Fideicomiso”*. Este término fue prorrogado hasta el 4 de agosto de 1.995 por los Fideicomitentes Constituyentes y Adherentes en reunión conjunta celebrada el 15 de diciembre de 1994, según consta en acta suscrita al respecto que obra a folios 39, 40 y 41 del cuaderno de pruebas N° 1.⁹

⁶ Estos son los que otorgaron la escritura pública N° 1862 del 4 de abril de 1994, de la Notaría 18 de Bogotá, a saber, Carlos Pío Uribe Palacio, Carlos Alberto Medina Rodríguez, Benjamín Medina Rodríguez y COMPAÑÍAS INTEGRADAS Ltda.

⁷ Cláusula 4 del contrato que trata de la conformación fideicomiso

⁸ Cláusula cuarta de la escritura 5279 del 4 de agosto de 1994

⁹ Al respecto expresa la citada acta: *“Dado que se hace indispensable continuar vinculando o incorporando a los inmuebles del Fideicomiso, predios que son aledaños para completar y configurar el globo de terreno que el proyecto requiere, EL COMITÉ DE FIDEICOMITENTES, luego de analizar los planteamientos presentado,*

ETAPA II: REESTRUCTURACIÓN TÉCNICA, JURÍDICA Y FINANCIERA DEL PROYECTO: En esta etapa las actividades a realizar son: 1) Estructurar y definir el proyecto y las subetapas como se desarrollara el proyecto, “sobre la base de que dichos proyectos deberán cubrir por lo menos, el OCHENTA POR CIENTO (80%) del máximo desarrollo permitido en el Acuerdo 14 del Concejo de Cartagena del 25 de Marzo de 1,994, o aquellos que lo modifiquen”; 2) Tramitar y obtener las licencias necesarias para llevar a cabo el proyecto; 3) “El presupuesto del proyecto que se desarrollara y flujo de caja del mismo. Esta etapa se iniciará por decisión de la Junta del Fideicomiso, a la terminación de la etapa I, y tendrá una duración de seis (6) meses contados desde su iniciación, los cuales serán prorrogables por otros seis (6) meses por decisión de la Junta.....Si no se decide prorrogar la duración de la etapa II y no se han cumplido los requisitos para pasar a la etapa III, se liquidará el fideicomiso de conformidad con lo establecido en la cláusula trigésima tercera”;

ETAPA III: URBANISMO: Cuando la Junta del Fideicomiso apruebe la iniciación de esta etapa “ALIANZA contratara las firmas que indique la Junta para realizar el urbanismo del proyecto”. Los FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES deberán suscribir con ALIANZA un reglamento para establecer las condiciones en el que el proyecto será ejecutado.

A folios 46 a 48 del cuaderno de pruebas No. 1 consta el acta de la Junta del Fideicomiso correspondiente a la reunión celebrada el 19 de febrero de 1997, en la cual el Sr. Antonio Vanegas, al referirse al tema de las etapas del proyecto y sus prórrogas, expresó:

“..... con fundamento en los artículos 7 y 16 de los Estatutos que rigen el Fideicomiso, hace un recuento del estado en que jurídicamente se encuentra el plazo de cada una de las etapas del proyecto, analizándola frente a los adelantos, trabajos y desarrollos que del mismo se han efectuado. Explica que actualmente las etapas están traslapadas en consideración a que se están efectuando actividades que corresponden a las tres primeras etapas del proyecto, es decir adquisición de inmuebles, estructuración técnica, jurídica y financiera y etapa III, urbanismo. Igualmente manifiesta que para sanear jurídicamente los términos de duración de las etapas se requiere del procedimiento fijado por los estatutos del fideicomiso: un acta suscrita por el comité de Fideicomitentes adherentes prorrogando las etapas vencidas o por vencerse, cuando esto sea facultad de ellos. Se aclara que la prórroga de la Etapa I y de la Etapa II el plazo que pueden dar los adherentes no está limitado. Se entiende por fideicomitentes adherentes tal como lo define la escritura 5279 del 4 de agosto de 1994, de la Notaria 6 de Bogotá en su cláusula segunda: son las personas naturales o jurídicas que **transfieran a título de fiducia lotes de terreno a FIDUCIARIA ALIANZA, para incrementar el PATRIMONIO AUTONOMO MANZANILLO DEL MAR**” Para el caso que nos ocupa los únicos fideicomitentes adherentes que tiene el Fideicomiso son: ARTURO PAREJA, Carlos Pío Uribe y Sara Beatriz Moya. Se aclaró en la Junta que los tenedores de títulos o certificados no son fideicomitentes

en virtud de lo estipulado en las cláusulas séptima y Décima Sexta del contrato de fiducia (EP 5279/94), por unanimidad aprueba y acepta la prórroga de la Etapa I del Fideicomiso por un término de seis (6) meses más contados a partir del 4 de febrero de 1995, es decir que el vencimiento de ésta primera prórroga, será el día 4 de agosto de 1995”

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

adherentes sino simplemente tenedores de Certificados y beneficiarios de unos rendimientos, pero no adherentes, por consiguiente no hacen parte del Comité de Fideicomitentes.

El doctor Pablo Trujillo le solicita al doctor Vanegas que en ese orden de ideas, coordinar el acta de prórrogas de las etapas con la oficina jurídica de la Fiduciaria.”

Respecto al cumplimiento de la etapa III, a folios 189 a 191 del cuaderno de pruebas N° 1, aparece incorporado al expediente un documento de fecha 24 de marzo de 2001, dirigido al Dr. Pablo Trujillo, en su condición de Presidente de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., que expresa lo siguiente:

“Ref: Fideicomiso IMM-MANZANILLO DEL MAR

Respetado doctor:

De acuerdo con el contrato de Fideicomiso de la referencia constituido mediante Escritura Pública N° 1862 del 13 de abril de 1994, suscrita en la Notaría 18 de ésta ciudad y modificado mediante reglamentación por Escritura Publica N° 5279 del 4 de agosto de 1994, corrida en la Notaría 6 de ésta ciudad, nosotros los Fideicomitentes Adherentes de éste Patrimonio Autónomo nos permitimos manifestar que ratificamos las actividades realizadas hasta la fecha por los Fideicomitentes Constituyentes a través de la Junta del Fideicomiso.

En la fecha el fideicomiso se encuentra estructurado y definido en subetapas de acuerdo con el máximo permitido por el Acuerdo 14 del Concejo de Cartagena de Indias de fecha 25 de marzo de 1994, se han tramitado y obtenido los permisos ambientales según la reglamentación de CARDIQUE y las licencias de Urbanismo y Construcción expedidas por la Curaduría 2 de Cartagena mediante Resolución 016, presupuesto y flujo de caja correspondientes; lo anterior en cumplimiento a lo anunciado en el Capítulo Quinto Cláusula Séptima de la Escritura Pública N° 5279 antes descrita.

En consecuencia de lo anterior consideramos que el proyecto se encuentra en desarrollo de la Etapa III Urbanismo y por consiguiente ALIANZA FIDUCIARIA S.A y LOS FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES han cumplido con lo establecido en éste contrato.

Asimismo le informamos oficialmente que hemos concertado con los Fideicomitentes Constituyentes el aumento de nuestros derechos del 7% al 8% por consiguiente solicitamos a usted, proceder de acuerdo con lo establecido en la cláusula Vigésima Tercera literal (q) para legalizar lo anterior.

Estamos pendientes para seguir colaborando con la continuación y desarrollo de éste contrato.

Sin otro particular nos suscribimos de usted,

COMITÉ DE FIDEICOMITENTES ADHERENTES

*(Fdo) ARTURO PAREJA NUÑEZ (Sin firma) ANTONIO BOTERO
c.c 890.878 de Bogotá c.c 17.045.562 Bogotá*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS
ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO
URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ**

(Sin firma) YADIRA BOTERO (Fdo) PROYECTOS GERENCIALES
LTDA
c.c 22.431.190 Bogota NIT

(Fdo) MAURICIO RODRIGUEZ E (Fdo) JAIME ARIAS COLMENARES
c.c 12.243.228 c.c 2.851.130

(Fdo) JAIME DE JESUS ARANGO (Sin firma) FAUSTINO
ROPDRIGUEZ
c.c 530.192 c.c 3.267.129

(Fdo) IGNACIO POSSE OBREGON (FDO) CAMILO POSSE OBREGON
c.c 79.157.416 c.c 19.476.935

(Fdo) PATRICIA MACIAS FUENTES (Fdo) SANDOVAL VIVAS 95 LTDA
c.c 41.615.687 LUZ MARCELA SANDOVAL V
c.c 51.777.628

(Fdo) PEDRO NEL FORERO (Fdo) MARIA ELVIRA SIGUINOLFI
c.c 19.052.201 c.c 41.591.808

(Fdo) MARIA ALEXANDRA URIBE (Fdo) PAOLA CAMILA URIBE
c.c 45.495.193 c.c 52.053.901

(Fdo) JUAN PABLO URIBE (Fdo) ANDREA URIBE
c.c 80.096.530 c.c 45.226014

(Fdo) ERNESTO FUENTES (Fdo) DARIO FUENTES
c.c 19.085.326 c.c 19.097.404

(Fdo) ALVARO LEMUS (Sin firma) CRISTIAN GIL
SANTAMARIA
c.c 13.442.381 c.c

(Sin firma)HERNANDO HAYDAR L (Fdo) CLEMENCIA ORTIZ DE URIBE
c.c c.c 41.302.606

(Fdo) PEDRO NEL RIO (Sin firma) CARLOS ALFREDO MOYA
c.c 73.088.935 c.c 19.338.824

(Sin firma) SANTA EUFROCIA MOYA (Fdo) CARLOS PIO URIBE
c.c 19.296.934 c.c 17.154.250 Bogota

(Fdo) AKTANI S.A.
NIT 800.208.342-0"

ETAPA IV: CONSTRUCCION Y COMERCIALIZACION DE LOS PROYECTOS:

De acuerdo con lo definido en la etapa II, en esta etapa se iniciará la construcción y comercialización de cada uno de los proyectos en los predios fideicomitidos. Para ello y previo inicio de las ventas ALIANZA FIDUCIARIA S.A. por cuenta del

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

fideicomiso ordenará y/o actualizará el avalúo de los inmuebles. La Junta del fideicomiso deberá autorizar el programa de ventas las cuales estarán a cargo de la misma Junta.

Por esta misma escritura de modificación al fideicomiso inicial se dispuso que:

*“...ALIANZA no permitirá la iniciación de construcciones en los predios fideicomitados, hasta tanto se haya vinculado al fideicomiso, los recursos, que de conformidad con el estudio de factibilidad presentados por los FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES y el flujo de caja, sean suficientes para lograr el punto de equilibrio de cada una de las etapas independientemente, lo que permitía finalizar la construcción. Adicionalmente, la iniciación de la construcción solo se efectuará cuando la Junta del Fideicomiso lo decida”.*¹⁰

Igualmente, por esta escritura N° 5279, se establecieron las instrucciones y obligaciones de la Fiduciaria,¹¹ así como las obligaciones de los fideicomitentes constituyentes¹², y de los fideicomitentes adherentes¹³.

Para este Tribunal está claro que los motivos determinantes para todos los fideicomitentes, tanto constituyentes como adherentes, por los cuales se vincularon al proyecto inmobiliario denominado MANZANILLO DEL MAR, quedaron plenamente identificados en la escritura pública N° 5279 del 4 de agosto de 1994, de la Notaría Sexta de Bogotá, que a la letra dice:

“Derechos de los Fideicomitentes: LOS FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTES han constituido este fideicomiso con el propósito de recibir las utilidades derivadas del desarrollo del proyecto inmobiliario que se proponen desarrollar en los predios fideicomitados, y de conformidad con los previsto en este contrato, recibirán la totalidad de dichas utilidades en las siguientes proporciones¹⁴:

	20%
CARLOS PÍO URIBE PALACIO	
CARLOS ALBERTO MEDINA RODRIGUEZ	10%
BENJAMIN MEDINA RODRIGUEZ	10%
COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A	2%
AKTANI LTDA	35%

Por su parte los FIDEICOMITENTES ADHERENTES, se vinculan con el propósito de recibir, conjuntamente en la proporción que a cada uno le corresponda según los certificados que les hayan sido expedidos, el 7% del producto de las ventas de los bienes fideicomitados, a la fecha en que los mismos sean enajenados, y el 7% de los ingresos netos generados por la explotación de los bienes vinculados al fideicomiso, distribuidos trimestralmente, o cuando el monto acumulado a repartir

¹⁰ Ver Cláusula Octava.

¹¹ Clausulas novena, décima y décima primera

¹² Cláusula décima segunda

¹³ Cláusula décima tercera

¹⁴ Los que se habían establecido en la cláusula décima sexta de la escritura pública N° 1862 que disponía que los excedentes del fideicomiso se repartían de la siguiente manera: 1) el 50% para el FIDEICOMITENTES COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A; 2) el 25% para el FIDEICOMITENTE CARLOS PÍO URIBE PALACIOS; 3) el 25% para los FIDEICOMITES BENJAMIN MEDIA RODRIGUEZ y CARLOS ALBERTO MEDINA RODRIGUEZ

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

sea igual o superior a los CIENTO CINCUENTA MILLONES M/CTE (\$150.000.000)”¹⁵. (subrayas ajenas al texto original).

Dichos beneficios, además, se esperaba recibirlos en un corto tiempo, pues esa fue la voluntad plasmada en el contrato, de donde se destila que la etapa de construcción y comercialización del proyecto estaba pensada para ser ejecutada en un término de máximo tres (3) años, contando las posibles prórrogas (Cláusula séptima de la escritura N° 5279).

1.3. LA RELACION NEGOCIAL Y LA BUENA FE CONTRACTUAL

La “*bona fides*” constituye un principio general del derecho, que consiste en el estado mental de actuar con honradez, con la convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión que demuestra rectitud de una conducta.

“A través de este principio se orienta la preparación, interpretación, integración, ejecución y extinción del contrato. Permite la intercomunicación en vía directa del derecho con la moral y del derecho con el contenido del contrato, al tiempo que permite su adaptabilidad a las nuevas exigencias en miras a una mayor justicia social contractual”¹⁶.

Como bien lo explica el profesor Jorge Cubides Camacho, “*la buena fe es una de las instituciones que mayor evolución y desarrollo ha tenido en los últimos años, y la que proyectada al futuro seguramente seguirá teniéndolos, porque cada día es más firme la convicción de que constituye la norma esencial del acto contractual. De ahí que cuando se exploran las tendencias del derecho, la buena fe figura en los primeros lugares*”¹⁷.

Algunas de las partes en este litigio han alegado por vía acción y de excepción, que no existió buena fe en la conducta desplegada por su contraparte, razón por la cual es imperioso para este Tribunal ocuparse en su estudio, como se han comportado las partes tanto en la etapa precontractual, como en el momento de la formación del negocio jurídico y en la etapa de ejecución del mismo. Si la forma como actuaron fue leal, coherente, transparente, decente y así se trasluce de la conducta desplegada durante todo momento de su relación contractual, todo ello en razón a que el análisis del comportamiento de ellas debe ser integral y recíproco, como lo mandan los artículos 863 y 871 del Código de Comercio y 1.603 del Código Civil cuando expresan que “*Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual...*”, “*Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe...*” y “*Los contratos debe ejecutarse de buena fe.....*”. Sobre este aspecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“...Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actúo o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las precitadas fases, la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe, en forma apreciable y hasta

¹⁵ Clausula décima cuarta

¹⁶ Gustavo ORDOQUI C. *La buena fe contractual*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, p. 251.

¹⁷ Jorge CUBIDES CAMACHO. “Los deberes de la buena fe contractual”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho Privado*, T. IV. Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 247.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento. De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunstancias tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual – o parte de la precontractual-, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó, valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea del caso. Al fin y al cabo, si excepción, ella se predica de la integridad de los eslabones que, analizados en retrospectiva, conforman la cadena contractual (inter contractus), rectamente entendida. No es gratuito que el citado artículo 863 del Código de Comercio, expressis verbis, establezca un débito de comportamiento que cobija todo el “...período precontractual”, sin distingo de ninguna especie”¹⁸.

Ahora bien, el principio de la buena fe amparada por la presunción constitucional¹⁹ y por la presunción de la reglamentación mercantil²⁰ obliga a quien alega la conducta indebida y de mala fe de su contraparte, probar que existieron hechos reales, contundentes y fidedignos que acrediten el comportamiento desleal, que ameritan la sanción del fallador por haberse comportado, frente al otro(s) contratante(s) en contra de la confianza mutua, de manera desleal y deshonesto. En otras palabras, desde el punto de vista procesal la carga de la prueba se invierte, de modo que quien alega la ausencia de buena fe o así lo afirma que su contraparte actuó de mala fe, le corresponde probar dicha afirmación.

“Ciertamente que la buena fe es reconocida dentro del sistema jurídico como un bien jurídico particularmente importante cuya presunción justificaría una redistribución de las cargas procesales invirtiendo o desplazando la carga de la prueba; ahora bien, ni las disposiciones legales que la consagran le otorgan el carácter de presunción de derecho, ni la naturaleza misma del principio admitiría considerar como inobjetable los presupuestos en que se basa la presunción ni el hecho que se presume, pues nada más alejado de la esencia del principio que la veneración de las formalidades por sí mismas consideradas o los presupuestos inamovibles. En efecto, el principio de buena fe supone siempre la valoración intrínseca de los hechos y circunstancias que conforman las relaciones entre las partes y su confrontación permanente con las reglas que emanan del mismo, todo lo cual da lugar a una de sus características más relevantes: la ductilidad del principio”²¹.

Al concretarse el Tribunal en el análisis de la prueba que obra en el plenario, no advierte que la ausencia de la buena fe aparezca probada, razón por la cual, el Tribunal no llega a la convicción –por falta de prueba- de que alguna de las partes haya obrado de mala fe, o sin buena fe exenta de culpa (o culpa cualificada), ni aún sin buena fe simple, razón por la

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹⁹ Artículo 83 Constitución Política dispone: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

²⁰ Artículo 835 del Código de Comercio: “**Presunción de la Buena fe.** Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo”

²¹ **M. L. Neme Villarreal.** “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”. Revista de derecho Privado número 11, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 110 a 160 expone con especial acierto.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

cual las pretensiones sostenidas en este sentido, por quienes así lo reclamaron, no podrán prosperar, como se analizará más adelante.

1.4. LOS ORGANOS DEL FIDEICOMISO Y SUS OBLIGACIONES

1.4.1. EL COMITE DE FIDEICOMITENTES ADHERENTES

Es creación de la cláusula décima sexta de la escritura de reforma N° 5279, que a la letra dice:

“Este órgano del Fideicomiso, estará integrado por la totalidad de los FIDEICOMITENTES ADHERENTES y tendrá como función la de aceptar la primera prórroga de la etapa I, y la segunda prórroga de la etapa II. En caso de que el Comité no vote favorablemente las prórrogas indicadas, se entenderá que se procederá a la liquidación del Fideicomiso. Este comité deliberará con la mayoría absoluta de los derechos representados en certificados, y decidirá con el voto del setenta por ciento de los asistentes a la respectiva reunión. En materia de convocatoria, y falta de quórum, se aplicarán las normas establecidas en el Código de Comercio para las sociedades comerciales”.

1.4.2. LA JUNTA DEL FIDEICOMISO

Las decisiones relacionadas con el desarrollo operativo y de ejecución del proyecto fueron encomendadas, desde el inicio de la relación contractual al órgano denominado Junta del Fideicomiso²². En efecto, las partes convinieron que el órgano supremo en la toma de decisiones para “obtener el adecuado desarrollo del objeto del fideicomiso”²³ del proyecto Manzanillo del Mar es la Junta del Fideicomiso, “en la cual delegan irrevocablemente todas las facultades que a ellos corresponden como Fideicomitentes en el presente contrato...”.

Asimismo, dispusieron que lo conformarían las siguientes personas: un representante de CARLOS PÍO URIBE PALACIO; un representante designado por BENJAMÍN y CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ; y dos representantes designados por COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., quedando de esta manera conformada la Junta con 4 miembros principales con sus respectivos suplentes personales. El quorum deliberativo lo constituye la mitad más uno de sus miembros y las decisiones se deben adoptar por el 75% de los presentes. “Las decisiones de la junta serán de obligatorio cumplimiento para las partes”, pero “la FIDUCIARIA se reserva el derecho de vetar las decisiones tomadas por la junta que puedan afectar el patrimonio Autónomo”.

A partir del otorgamiento de la escritura pública N° 5279 del 4 de agosto de 1994²⁴, se dispuso que la Junta estuviera compuesta por cinco miembros y se designaron a las siguientes personas para conformarla:

Principales

Suplentes

²² Así se dispone por la escritura pública N° 1862, en su cláusula undécima al reglamentar el “Procedimiento Operativo” y en su cláusula duodécima.

²³ Clausula décima séptima de la escritura pública 5279.

²⁴ Ver cláusula novena

**TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS
ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO
URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ**

Akram Ali Hachem Dahrough
Isaac Mildenberg Martahaim
Carlos A. Medina Rodríguez
José María Suriol
Carlos Pío Uribe Palacios

Antonio Vanegas Santoro
Dora Mildenberg
Benjamín Medina Rodríguez
Leonidas Velásquez C.
Bernardino Vanegas

La regla para deliberar y decidir fue modificada pues se dispuso que la *“Junta deliberará con la asistencia de por lo menos tres miembros, y las decisiones serán adoptadas por lo menos con tres votos en el mismo sentido”*²⁵. Igualmente se amplió el derecho de veto de la Fiduciaria a las decisiones de la junta para lo cual se dispuso: *“ALIANZA se reserva el derecho de vetar las decisiones de la junta, cuando considere que con las mismas se pueden ver desmejorados los bienes del fideicomiso, los derechos de los BENEFICIARIOS, o la Fiduciaria misma”*²⁶.

En cuanto a sus funciones la Junta conservó las mismas que se le habían asignado inicialmente por la escritura N° 1862 del 13 de abril de 1994.

En lo relacionado con la vigencia y terminación del contrato de fiducia, para el Tribunal rigen las contempladas por las partes en las cláusula vigésima novena y trigésima del contrato solemnizado por escritura N° 5279, ya varias veces mencionada, que al respecto disponen que la duración será la necesaria para dar cumplimiento al objeto del fideicomiso, sin exceder el máximo legal y que el mismo se termina por:

“Haberse cumplido su finalidad.

Por imposibilidad absoluta de realizar su objeto.

Por orden de autoridad competente debidamente ejecutoriada.

*Por vencimiento del término establecido en la vigésima novena.*²⁷

Por las demás causales establecidas en la ley, o en este contrato”.

En esta escritura, además, se reglamenta en sus cláusulas trigésima primera a trigésima cuarta, la forma como una vez terminado el contrato, debería proceder la Fiduciaria para la liquidación del mismo.

Estudiadas las escrituras públicas N° 1862 del 13 de abril de 1.994, de la Notaría 18 de Bogotá y la N° 5.279 del 4 de agosto del mismo año, de la Notaría 6ª de la misma ciudad, para el Tribunal aunque en el ‘considerando segundo’ de este último instrumento público se expresó que *“se procede a modificar el contrato de fiducia mercantil al que se ha hecho mención...”*, dicha modificación no tiene los efectos de sustitución integral o total del contrato inicial pues hay, en ambas escrituras públicas disposiciones que al no haberse subrogado o sustituido íntegramente el primer contrato, tienen vigencia y efectos plenos para las partes. Por ello, en su momento se considerarán tanto las obligaciones como los derechos consagrados en los tres instrumentos públicos, para realizar una debida interpretación conjugada del negocio jurídico como unidad integral que recoge lo que pretendieron las partes cuando vincularon su voluntad al desarrollo del proyecto Manzanillo del Mar.

²⁵ ver cláusula vigésima primera

²⁶ ver parágrafo de la cláusula vigésima primera

²⁷ Esta cláusula se refiere a que el contrato debe respetar término máximo fijado por la ley

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

1.4.3. FIDEICOMITENTES ADHERENTES.

La tercera y última escritura pública que tiene relación con el conflicto planteado, es la N° 6338 del 9 de septiembre de 1.994 otorgada ante el Notario Sexto el Círculo Notarial de Bogotá, por medio de la cual se incorporó al Patrimonio Autónomo Manzanillo del Mar un terreno aportado por el Señor ARTURO PAREJA NUÑEZ, el que según certificado expedido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y con ella protocolizado, *“tiene una cabida de 121 hectáreas 5.000 metros cuadrados aproximadamente”*²⁸. Este inmueble se distingue con el folio de matrícula inmobiliaria N° 060-010666 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena. En virtud de dicho aporte se creó la categoría de FIDEICOMITENTES ADHERENTES.

El aportante Pareja Núñez se comprometió *“a entregar su tenencia libre de cualquier perturbación que comprometa la ejecución de las actividades necesarias para el cumplimiento del objeto del presente contrato. Queda ALIANZA relevada expresamente de la obligación de responder por evicción, haciendo suya EL FIDEICOMITENTE ADHERENTE todas las obligaciones que por dicho concepto se deriven, obligación que se hacen extensivas no sólo frente a ALIANZA sino frente a los terceros a quienes ella transfiera estos bienes o sus desmembraciones”*²⁹.

La tenencia y custodia del inmueble aportado se entregó mediante dicha escritura, como se había hecho en las escrituras números N° 1862 y N° 5179, a la firma COMPAÑÍAS INTEGRADAS como sociedad responsable de la construcción de las obras con la obligación de responder por los daños y perjuicios derivados del descuido de la custodia o del mal uso que pueda hacerse de él. Sobre este particular, el Tribunal advierte, que de la simple lectura de la escritura pública N° 6338, que la sociedad denominada COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., no aparece suscribiendo dicho instrumento público, pero en el contexto general de integralidad del negocio jurídico, esta empresa asumió responsabilidades de custodia del inmueble.

En esa escritura el compareciente ARTURO PAREJA NUÑEZ reveló que parte del inmueble aportado al fideicomiso se encontraba ocupado por terceros, sin mencionar ni el área ni la persona que detentaba la ocupación, pero sí se obligó a sanear dicho vicio. Al respecto se comprometió *“a entregar a COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A. el resto del área una vez se subsane la ocupación parcial existente en ella”*³⁰. Asimismo, se *“obligó al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos a que se refieren los numerales anteriores”* que no son otros que los contenidos en las escrituras públicas anteriores, o sea, la N° 1862 del 13 de abril de 1994 y N° 5279 del 4 de agosto del mismo año.

El beneficio por el aporte del inmueble, se consagró en la cláusula séptima de la escritura pública que a la letra expresa:

“Dentro del mes inmediatamente siguiente a la fecha de la firma de la presente escritura, EL FIDEICOMITENTE ADHERENTE recibirá del Fideicomiso denominado MANZANILLO DEL MAR, un certificado en el que se hará constar que

²⁸ Ver cláusula primera sobre transferencia del inmueble

²⁹ Ver cláusula segunda

³⁰ ver cláusula quinta de la escritura pública N° 6338

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

aquel es titular de tantos derechos de participación, cuantos metros cuadrados de terreno haya –aportado al fideicomiso, -en el entendido de que sólo se expedirá dicho certificado sobre los metros cuadrados a favor de quien efectúe el respectivo pago. Los derechos objeto de la certificación que expida el Fideicomiso, hacen partícipes a sus titulares del 7% del producto de las ventas del proyecto que se desarrolle, y del 7% de los ingresos netos generados por la explotación de los bienes que se encuentren vinculados, en los términos y condiciones establecidos en el contrato”.

Existen como prueba documental en el expediente, obran las copias de las demás escrituras públicas otorgadas por los otros FIDEICOMITENTES ADHERENTES que, en dicha calidad, aportaron inmuebles al patrimonio autónomo, las cuales tienen el mismo texto³¹.

1.5. GRUPO DE CESIONARIOS DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS DE ARTURO PAREJA

El contrato de cesión de derechos fiduciarios celebrado entre ARTURO PAREJA NÚÑEZ como Fideicomitente Adherente cedente, y GARAVITO & AREVALO S. EN C., y NEMECK S.A., como Fideicomitentes Adherentes Cesionarios, celebrado mediante documento privado del 4 de abril de 2011 se encuentra incorporado al expediente en los folios 133 a 142 del cuaderno N° 1 de pruebas.

En este documento se aprecia que luego de narrar en forma detallada los antecedentes en la titularidad de inmueble aportado por el Sr. Pareja Núñez al Fideicomiso, las partes acordaron mutuamente que:

*“Mediante el Presente Contrato, el **Fideicomitente Cedente** se obliga a ceder su posición contractual frente a la **Fiduciaria ALIANZA S.A** respecto a su participación en el Patrimonio Autónomo Manzanillo del Mar, a los **Fideicomitentes Cesionarios**”.*

Los contratantes pactaron una cláusula que denominaron **Manifestación Especial de los Fideicomitentes Cesionarios**, la cual es del siguiente tenor:

*“**El Cedente Fideicomitente**, manifiesta que en caso de presentarse una contingencia litigiosa sobre los derechos que mediante este contrato cede a **Los Fideicomitentes Cesionarios**, aquel se compromete a prestar toda la colaboración que sea necesaria para que éstos puedan ejercer su defensa dentro del litigio que eventualmente llegue a presentarse. Entiéndase por “colaboración Necesaria” la participación activa de **El Fideicomitente Cedente**, en cualquiera de los siguientes eventos, sin limitarse a los mismos:*

³¹ Folio 56 a 60 del cuaderno de pruebas N°1 se encuentra incorporada la escritura pública N° 9092 del 28 de diciembre de 1994, de la Notaría 6ª de Bogotá, cuyo Fideicomitente Adherente es la señora Sara Beatriz Moya Castro, folios 79 a 91 del mismo cuaderno la escritura pública N° 8230 del 30 de diciembre de 1996, de la Notaría 9ª de Cali, cuyo Fideicomitente Adherente es la sociedad Dacier Figueroa & Cía. S en C, y a folios 99 a 99 la escritura pública # 3006 del 28 de noviembre de 2000, de la Notaria 14 de Cali, mediante la cual Fiduciaria ALIANZA restituyó el inmueble aportado a la misma sociedad.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Suministro de toda la información que fuere necesaria para poder contar con los mecanismos probatorios que sean del caso para contar con una adecuada defensa dentro de la contingencia litigiosa;

La participación activa del mismo en caso de requerirse su presencia dentro de la contingencia litigiosa, siempre que la misma sea necesaria para esclarecer los hechos objeto del litigio;

*Aportar cualquier prueba, soporte, constancia o documento que sea equivalente, necesario y que el mismo tenga en su poder para llevar a cabo una adecuada defensa dentro de la contingencia litigiosa que llegue a presentarse para **Los Fideicomitentes Cesionarios**.*

*Los gastos o erogaciones en los cuales tenga que incurrir **El Fideicomitente Cedente** para ejecutar los compromisos que adquiere en virtud de esta cláusula, serán asumidos por su cuenta y riesgo por **Los Fideicomitentes Cesionarios**.”*

Igualmente, incluyeron una cláusula que llamaron Acuerdo Integral, que a la letra dice:

“Este Contrato, constituye el convenio completo entre las Partes por lo tanto, reemplaza cualquier convenio, acuerdo o comunicación suscrita con anterioridad al mismo, con excepción de aquellos que son esenciales para el desarrollo y determinación a las obligaciones a las cuales se han comprometido las Partes, como es el “Acuerdo de Entendimiento a través del cual se establecen las condiciones para la enajenación de los Derechos Fiduciarios suscrito entre Garavito & Arévalo y Cia S en C y Nemeck S.A., con ARTURO PAREJA NÚÑEZ, en la ciudad de Cartagena de Indias el día 19 de noviembre de 2010”, el cual hace parte integrante de éste Contrato de Cesión de Derechos Fiduciarios”.

Obra igualmente como prueba en el expediente a folios 193 a 195 del cuaderno N° 1 de pruebas, un documento, sin fecha en el mismo, pero con sticker de radicación en ALIANZA FIDUCIARIA hecha el 27 de junio de 2012, denominado: “DECLARACION DE LOS CESIONARIOS Y DEL ADMINISTRADOR DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS DEL FIDEICOMISO MANZANILLO DEL MAR” suscrito por Hernando Rueda Amorocho en representación de Nemeck S.A., Leonardo Garavito García, como representante legal de Garavito & Arévalo y Cía. S. en C., y Juan Camilo Arámbula Echeverri, como representante legal de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como vocera y administradora del Fideicomiso **IMM-MANZANILLO DEL MAR**.

De su lectura, el Tribunal recaba sobre lo siguiente:

“PRIMERA: Qué como Fideicomitentes Adherentes Cesionarios del Sr ARTURO PAREJA N, conocen y aceptan el Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del Fideicomiso IMM Manzanillo del Mar;

SEGUNDA: Que aceptan todas las condiciones contenidas en el contrato Fiducia Mercantil constitutivo del Fideicomiso IMM- Manzanillo del Mar, derivadas de la condición de FIDEICOMITENTE ADHERENTE y BENEFICIARIO del Sr. ARTURO PAREJA NUÑEZ;

TERCERA: Que conocen y aceptan que las obligaciones que adquiere ALIANZA FIDUCIARIA S.A son de medio y no de resultado y, por lo tanto, responderá por la culpa leve en el desarrollo de su gestión conforme a la definición que de ésta trae el inciso segundo del artículo 63 del Código Civil;

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

CUARTA: Que conocen y aceptan que bajo el Contrato de Fiducia Mercantil ALIANZA NO tiene, entre otras, la obligación ni la responsabilidad de:

Ejecutar los trabajos tendientes a colocar los inmuebles objeto del Fideicomiso en condiciones para ser urbanizados;

Realizar los proyectos urbanísticos y arquitectónicos;

Construir el proyecto

Comercializar o vender el proyecto.

QUINTA: Que declaran a paz y salvo a ALIANZA por la gestión que hasta la fecha ha realizado, desde la constitución del FIDEICOMISO IMM-MANZANILLO DEL MAR hasta la actualidad y, por ende, liberan a ALIANZA de toda reclamación económica o responsabilidad económica derivada de la ejecución del Contrato de Fiducia Mercantil que dio origen al FIDEICOMIO IMM-MANZANILLO DEL MAR. Lo anterior no impide que NEMECK S.A y GARAVITO & AREVALO Y CIA S EN C, como cesionaria ejerzan sus derechos bajo el contrato de fiducia y exija el cumplimiento del mismo.

SEXTA: Que conocen y aceptan que no se ha dado inicio en la ciudad de Cartagena de Indias, al que hace alusión al Contrato de Fiducia Mercantil que dio origen al FIDEICOMISO IMM MANZANILLO DEL MAR.

SEPIMA: A efectos de enviar las rendiciones de cuenta del fideicomiso, la dirección de correo electrónico para el recibo de las mismas e Hernando@ruedamantilla.com. De igual manera NEMECK S.A Y GARAVITO & AREVALO Y CIA S EN C se obligan a mantener actualizada dicha dirección en ALIANZA.

OCTAVA: NEMECK S.A y GARAVITO & AREVALO Y CÍA S EN C, autorizan a ALIANZA o quien represente sus derechos u ostente en el futuro su calidad de acreedor a reportar, procesar, solicitar y divulgar a la Central de Información del Sector Financiera – CIFIN- que administra la Asociación Bancaria y de Entidades Financiera de Colombia, o a cualquier otra entidad que maneje o administre bases de datos con los mismos fines, toda la información pertinente como cliente de la entidad. Lo anterior implica que el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones se reflejará en las mencionadas bases de datos, en donde se consignan de manera completa todos los datos referentes a su actual y pasado comportamiento frente al sector financiero y, en general, frente al cumplimiento de sus obligaciones, de conformidad con lo establecido en el contrato de fiducia mercantil constitutivo del FIDEICOMISO IMM-MANZANILLO DEL MAR.

II. Declaraciones de ALIANZA FIDUCIARIA

ALIANZA FIDUCIARIA en su condición de administrador del FIDEICOMISO IMM-MANZANILLO DEL MAR, realiza las siguientes declaraciones en virtud del reconocimiento y registro de NEMECK S.A y GARAVITO & AREVALO Y CÍA S. en C. como FEDICOMITENTES ADHERENTES y BENEFICIARIOS del FIDEICOLISO IMM-MANZANILLO DEL MAR.

PRIMERA: Que de conformidad en los archivos de ALIANZA FIDUCIARIA le informa NEMECK S.A y GARAVITO & AREVALO Y CIA S EN, lo siguiente:

Al señor ARTURO PAREJO NUÑEZ se le emitieron originalmente veinte (20) Certificados de Derechos Fiduciarios por 589.750 M2;

El señor ARTURO PAREJO NUÑEZ cedió con anterioridad certificados correspondientes a 60.000 M2

Los Certificados correspondientes a 87.174.51 M2, corresponden a las tierras no han sido efectivamente entregadas al Patrimonio Autónomo, como quiera que desde el momento de la escrituración se indicó que las mismas estaban invadidas.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Y, por lo tanto, dichos certificados solo conferirán derechos en la medida que las tierras correspondientes sean efectivamente entregadas al Patrimonio Autónomo. Mientras ello no ocurra, éstos certificados no producen derecho alguno.

Los certificados equivalentes a 442.575.49 M2 restantes corresponden a tierras efectivamente entregadas al fideicomiso.

SEGUNDA: Que en virtud de la cesión de los derechos del señor ARTURO PAREJA NUÑEZ declara que reconoce a NEMECK S.A y GARAVITO & AREVALO Y CÍA S EN como FIDEICOMITENTES ADHERENTES en las mismas condiciones y con los mismos derechos de los FIDEICOMITENTES ADHERENTES que transfirieron inmuebles al FIDEICOMISO IMM-MANZANILLO DEL MAR.

TERCERA: Que a partir de la fecha pondrá a disposición de GARAVITO & AREVALO Y CÍA S EN la totalidad de la información del FIDEICOMISO IMM-MANZANILLO DEL MAR, incluida toda la información contable, financiera, correspondencia, libros de actas, informes, cuentas y en general cualquier otra información relacionada con FIDEICOMISO IMM-MANZANILLO DEL MAR, que administra ALIANZA.

CUARTA: Que en la fecha hace entrega a NEMECK S.A y GARAVITO & AREVALO Y CIA S EN de los certificados de derechos fiduciarios del FIDEICOMISO IMM-MANZANILLO DEL MAR, que administra ALIANZA.

QUINTA: Que de conformidad con el contrato de fiducia mercantil NEMECK S.A y GARAVITO & AREVALO Y CÍA S. en C. podrán ceder su posición contractual en los términos del mismo, previa devolución de los certificados de derechos fiduciarios y del cumplimiento del requisito de vinculación como cliente de ALIANZA.

*(Fdo) HERNANDO RUEDA AMORCHO
Representante legal de NEMECK S.A*

*(Fdo) LEONARDO GARAVITO GARCIA
Representante legal de GARAVITO & AREVALO Y CIA S.EN C*

Suscribe el presente documento JUAN CAMILO ARAMBULA ECHEVERRI, mayor de edad y residente en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.502.643 de Bogotá, y en su calidad de representante legal y por ende en nombre y en representación legal de ALIANZA sociedad que actúa como vocera del patrimonio autónomo denominado IMM-MANZANILLO DEL MAR como prueba del REGISTRO DE CESION DE DERECHOS FIDUCIARIOS FIDEICOMISO IMM-MANZANILLO DEL MAR.

*(Fdo.) JUAN CAMILO ARAMBULA ECHEVERRI
Representante legal
ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
(vocera y administradora de Fideicomiso IMM-Manzanillo)”*

Con posterioridad, esto es, en el año 2012, -documento sin fecha de suscripción- la sociedad GARAVITO & AREVALO Y CIA S. EN C. (folios 106 a 117 del cuaderno N° 1 de pruebas) y la sociedad NEMECK S.A. (folios 118 a 128 del cuaderno N° 1 de pruebas) le cedieron a la sociedad BEST LUCK S.A. la posición contractual y los derechos fiduciarios que aquellos habían adquirido de manos del Sr. ARTURO PAREJA NUÑEZ

**TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS
ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO
URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ**

El certificado que cedió GARAVITO & AREVALO Y CIA S. EN C., es el M-0087-00 por 221.287,75 derechos fiduciarios y el cedido por NEMECK S.A., es el M-0086-00 por 221.287.75, y así fue informado oficialmente por ALIANZA FIDUCIARIA mediante sendas comunicaciones de fecha 15 de agosto de 2012 las cuales obran a folios 458 y 459 del cuaderno de pruebas N° 1.

A folios 196 a 199 del cuaderno de pruebas N° 2, aparecen debidamente anulados los certificados fiduciarios M-0086-00, por 221.287.75 derechos a nombre de Nemeck S.A., y el M-0087-00, por 221.287.75 derechos a nombre de Garavito & Arévalo y Cía. S. en C.

En cumplimiento de la cesión de derechos fiduciarios, debidamente notificada, ALIANZA FIDUCIARIA, expidió el certificado M-0088-00 de fecha 29 de septiembre de 2012, cuya copia obra a folios 461 y 462 del cuaderno de pruebas N° 1, e hizo entrega del mismo al Sr. Hernando Rueda Amorochó, representante legal de Nemeck S.A., según aparece en la comunicación que se incorporó al expediente en el folio 460 del mismo cuaderno de prueba N° 1, cuyo texto es el siguiente:

“...Ref: Fideicomiso IMM-Manzanillo del Mar - Cesión

Respetado Señor Rueda:

En atención a los comunicados radicados en la Fiduciaria con No. B605734 y B605736, nos permitimos hacerle entrega del original de Certificado de Propiedad de Derechos Fiduciarios IMM-Manzanillo del Mar No. M-0088-00 a nombre de BEST LUCK S.A por cuatrocientos cuarenta y dos mil quinientos setenta y cinco coma cincuenta (442.575.50) derechos fiduciarios derivados del patrimonio Autónomo IMM- Manzanillo del Mar, en virtud de la cesión que de dichos derechos efectuaron NEMECK S.A y GARAVITO & AREVALO y CÍA S, en C., cada uno por doscientos veintiún mil doscientos ochenta y siete coma setenta y cinco (221.287.75) derechos fiduciarios.

Agradecemos su atención

Cordialmente

(Fdo.) CRISTINA BASTO BELTRAN

Directora de Gestión de Negocios Fiduciarios”

Mediante comunicación de fecha 24 de septiembre de 2012, (folio 463 del cuaderno de pruebas N° 1), el Sr. Manuel Antonio Carvajal G., como representante legal de BEST LUCK S.A., manifestó a ALIANZA FIDUCIARIA la aceptación de la cesión de dichos derechos fiduciarios que le hizo GARAVITO & ARÉVALO Y CÍA. S. EN C., y NEMECK S.A.

De acuerdo a los hechos narrados se encuentra probado en este plenario que la convocante BEST LUCK S.A., aparece registrada en el FIDEICOMISO IMM-MANZANILLO DEL MAR como FIDEICOMITENTE ADHERENTE por cuatrocientos cuarenta y dos mil quinientos setenta y cinco coma cincuenta (442.575.50) derechos fiduciarios, expedidos por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo IMM- MANZANILLO DEL MAR.

2. CONSIDERACIONES ESPECIALES

2.1. CONSIDERACIÓN SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO APLICABLES EN EL CASO CONCRETO.

Aunque la demanda alude al contrato inicial y añade *“que fue modificado”*, para el Tribunal la materia nutricia de su trabajo reside en el contrato inicialmente convenido mediante la escritura pública N° 1862, modificado por la escritura pública N° 5279 de 4 de agosto de 1994 y complementado mediante la escritura N° 6338 de 9 de septiembre de 1994, y que para el Tribunal son tomados todos como una sola unidad integral que contiene la voluntad total de las partes, cuya fuerza normativa se extiende a los cesionarios y adquirentes de derechos fiduciarios y demás intereses cuya fuente sea la relación contractual que acaba de describirse en sus componentes esenciales, sea cual sea el negocio jurídico de transmisión de derechos realizado con terceros por las categorías de fideicomitentes constituyentes y fideicomitentes adherentes, que junto con ALIANZA FIDUCIARIA son las partes que concurrieron a la formación del acto y que por lo mismo ocupan la calidad de partes procesales en este juicio, todo sin perjuicio de reconocer que todos quienes derivaron derechos de los fideicomitentes constituyentes y adherentes puedan ocupar la posición de litisconsortes cuasi necesarios prevista en el artículo 62 del CGP.

Las escrituras públicas números 1862, 5279 y 6338 constituyen la fuente principal de reglas jurídicas a cuyo amparo el Tribunal dispensará la decisión. Desde luego estos instrumentos, las escrituras números 1862, 5279 y 6338, no son la única fuente normativa, sino que otros actos eventualmente pueden tener igual jerarquía de fuente de derecho, siempre y a condición de que cumplan iguales o muy semejantes condiciones a las que rodearon la celebración de los contratos mencionados ut supra, con la salvedad de que no todas las partes concurrieron a la celebración de esa triada de instrumentos públicos, ni su grado de compromiso negocial es idéntico, pero de modo general las partes involucradas en este litigio conocieron y sumaron sus voluntades bajo el supuesto normativo que reflejan todos esos tres actos jurídicos que operan en su integralidad como unidad conceptual y regulatoria. En efecto, la escritura número 6338 de 9 de septiembre de 1994 no fue suscrita por todas las partes, no obstante el aporte hecho mediante ese instrumento público, con todas sus vicisitudes, fue materia de expresiones de voluntad de todos los fideicomitentes, ya sea constituyentes o adherentes, como también de la Sociedad fiduciaria. No hay más que auscultar todas las actas de la Junta del fideicomiso en que todos se refieren a este instrumento, para concluir la unidad sustancial y probatoria que forman las escrituras números 1862 de abril de 1994, 5279 de 4 de agosto de 1994 y 6338 de 9 de septiembre de 1994.

De conformidad con el artículo 4º del Código de Comercio *“Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”*. Ni para qué insistir en que la materia es mercantil, como lo es el contrato y el propósito que inspiró la voluntad de las partes, protagonistas muchas de ellas además, como sujetos comerciantes. Desde luego, ello no descarta que la dimensión normativa comprenda la integración del código civil, bajo las condiciones previstas en los artículos 8º y 22 del código de comercio.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

2.2. CUESTIÓN METODOLÓGICA.

Como metodología de juzgamiento, el Tribunal examinará individualmente y en conjunto la conducta contractual de cada uno de los sujetos procesales en los términos de los capítulos I, II, y III del título único de la sección segunda del libro Primero del Código General del Proceso, es decir, partes, principales, terceros, litisconsortes facultativos, llamantes, copartes, llamados en garantía y adherentes.

Así, a manera de ejemplo, el hallazgo de los deberes jurídicos cuyo desacato se imputa a la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., o a cualquier otro sujeto pasivo de pretensiones esgrimidas en este proceso, exige la búsqueda de esos deberes supuestamente incumplidos, no solo en la demanda, sino en todos los actos y escenarios procesales habilitados para plantear el reclamo de desobediencia contra cualquiera de los contratantes, como demandas, réplicas, dúplicas, demandas de reconvenición, demandas de coparte, llamamientos en garantía y en general en los distintos escenarios habilitados al efecto en este proceso.

En ese mismo orden de ideas, quienes adquirieron derechos de manos de los fideicomitentes, ya sean constituyentes o adherentes, y que por tanto son cesionarios de ellos estaban habilitados para concurrir al proceso como litisconsortes cuasinecesarios, en tanto el laudo extiende a ellos sus efectos, pues sus derechos se derivan de los fideicomitentes y siguen su suerte.

2.3. SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL. IMPUTACIONES CONTRA LA SOCIEDAD ALIANZA FIDUCIARIA S.A. IMPETRADAS POR BEST LUCK S.A.

2.3.1. Primera Principal. El incumplimiento atribuido a ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

Como se refleja en la demanda inaugural de este proceso, puesta por la sociedad BEST LUCK S.A., ella solicita que sea declarado que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., CARLO PÍO URIBE PALACIOS, AKTANI S.A., CARLOS Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ Y COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A. incumplieron el contrato de fiducia. La acusación que hace la sociedad BEST LUCK S.A., contra la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., y demás demandados iniciales, comprende como título de imputación el incumplimiento del contrato, entendido en este caso los contratos íntimamente imbricados o complementarios que constan en las escrituras públicas 1862, 5279 y la coligación que surge respecto del contrato que consta en la escritura pública N° 6338, con la salvedad hecha sobre los distintos grados e intensidades de la participación y compromiso, es decir, cada quien se obligaba a lo suyo y los contratos lo muestran.

En ese contexto, la imputación de incumplimiento que se deduce contra la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., supone el hallazgo de los deberes jurídicos impuestos a esta demandada, bien sea en normas de orden público, en el contrato como unidad resultante de las escrituras números 1862, 2579 y 6338 o en la ley mercantil.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

En los hechos descritos por la sociedad BEST LUCK S.A., en su demanda principal, habita la acusación contra la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., y demás demandados de trasgredir las reglas del contrato.

Sea pertinente dejar sentado que la posición de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., no es la de simple vocero del patrimonio autónomo Manzanillo del mar, como ella predica, pues hace mucho tiempo que está comprometida su responsabilidad institucional, en tanto se le acusa de un indebido manejo de sus deberes contractuales como sociedad fiduciaria y no en su calidad de vocera del patrimonio autónomo. No se trata entonces de una controversia externa al contrato de Fiducia que dio lugar al nacimiento del patrimonio autónomo Manzanillo del mar, si no de una controversia interna entre quienes celebraron el contrato de fiducia, en la que se achaca que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., incumplió sus deberes como fiduciario y que como tal es responsable.

Una primera consideración que debe hacerse concierne a la especificidad de la acusación de incumplimiento, esto es, al nivel de detalle acerca del incumplimiento endilgado a la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. Considera el Tribunal que el ámbito de su competencia está delimitado por los hechos concretos de incumplimiento atribuidos a esta demandada y que no tomará en cuenta cualquier hecho que pueda ser constitutivo de incumplimiento que haya aparecido o pueda aparecer en el expediente como resultado de la instrucción, si es anterior a la demanda y no fue invocado en ella como causa petendi. [Art. 281 del CGP]

Se dice lo anterior, porque en la descripción de los presupuestos fácticos del incumplimiento, estaría comprometido al derecho de defensa de la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., y demás demandados, en tanto su resistencia, como la de cualquier otro demandado, se enfoca hacia la concreta imputación de violación de los deberes del contrato como haya sido concretamente descrita en la demanda. De esta manera, si en el curso de la investigación emerge subitáneamente un hecho distinto de los descritos en la demanda y anterior a ella, estaría despojado ese demandado o cualquiera otro, del derecho a defenderse de una acusación sobreviviente que por novedosa e intempestiva no pudo ser resistida y que no puede ser considerada por el Tribunal.

La concreta acusación que en su demanda hizo la sociedad BEST LUCK S.A., contra ALIANZA FIDUCIARIA S.A., y demás demandados, aparece en el ítem 4.54 del capítulo de hechos. Acusa la demandante que *“Los FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES y la misma FIDUCIARIA han abusado de sus derechos en forma permanente en contra de los FIDEICOMITENTES ADHERENTES, hasta el punto en que la FIDUCIARIA y los FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES han optado por mantener el estatus quo del FIDEICOMISO, para mantener el control de los lotes y obtener que los FIDEICOMITENTES ADHERENTES les entreguen sus derechos a los FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES, lo que de hecho ya ha venido sucediendo a través de la cesión de derechos de los FIDEICOMITENTES ADHERENTES a favor de los FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES directamente y a través de sus afiliados, a precios francamente irrisorios frente al valor de las tierras incorporadas al fideicomiso.”*

Igualmente, en el ítem 4.55 se denuncia que *“La conducta seguida por la FIDUCIARIA y los FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES ha llevado a la pérdida de varios de los activos aportados por los FIDEICOMITENTES ADHERENTES a la FIDUCIA.”*

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Esta nítida acusación que consta en el ítem 4.54 de la demanda, supone un concierto entre ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y los Fideicomitentes Constituyentes, que tuvo por finalidad, según la demandante BEST LUCK S.A., abusar del derecho y forzar a que los Fideicomitentes Constituyentes obtuvieran un beneficio extraordinario mediante la adquisición de derechos fiduciarios en condiciones lesivas para la economía de los Fideicomitentes Adherentes.

Según la hipótesis del demandante, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. participó de una trapaza en la cual no obtendría ella ningún beneficio, es decir, abusaría de su derecho y entraría en un concilio fraudulento para beneficiar a terceros sin obtener nada para sí, lo que hace de la acusación un desafuero. A ello se añade que la demanda no menciona en qué exceso o demasía incurrió la demandada ALIANZA o los demás demandados, acto desmesurado o excesivo que pueda juzgarse como abusivo y qué derecho concreto fue indebidamente empleado para causar daño y cuál fue el daño producido. Se dice lo anterior para demostrar lo inverosímil de la acusación y para descartarla siquiera como una posibilidad, a lo cual se suma que ninguna prueba hay en el proceso de ese acuerdo conspirativo entre la ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y los Fideicomitentes Constituyentes. Por el contrario, a lo largo del proceso se ha acreditado que las relaciones entre la fiduciaria y los Fideicomitentes Constituyentes fueron en extremo abrasivas, pugnacidad que se ratifica y mantiene a lo largo del proceso en que sostienen posiciones colocadas en las antípodas. Tampoco se evidencia en el proceso cuál fue la ventaja concreta obtenida por ALIANZA o por los Fideicomitentes constituyentes, ni como mejoró el patrimonio de éstos, validos de la complicidad de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. Tampoco está demostrada la merma del patrimonio de la demandante BEST LUCK S.A., ni la correspondencia causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento resultante del ejercicio abusivo del derecho como fuente de indemnización a la luz del artículo 95 de la Carta Política y 830 del C. de Co..

Además de ello, es nítido que la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. expresó su deseo de retirarse y ceder el fideicomiso y que expresamente conminó a la junta del Fideicomiso, lo que descarta el móvil que le endilga el demandante, consistente en 'prolongar' indebidamente el *estatus quo*, y la congelación de los activos con un fin dilatorio y abusivo.

Por lo demás, NEMECK S.A., GARAVITO & ARÉVALO S. en C., y LEONARDO GARAVITO GARCÍA celebraron un acuerdo con la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en cuya cláusula QUINTA se expresa: *“qué declaran a paz y salvo a ALIANZA por la gestión que hasta la fecha ha realizado, desde la constitución del FIDEICOMISO INM MANZANILLO DEL MAR, hasta la actualidad y, por ende, liberan a ALIANZA de toda reclamación económica o responsabilidad económica derivada de la ejecución del contrato de industria mercantil que dio origen al FIDEICOMISO INM MANZANILLO DEL MAR, lo anterior no impide que NEMECK S.A., GARAVITO & ARÉVALO S. en C., como cesionarias, ejerzan sus derechos bajo el contrato de fiducia y exijan el cumplimiento del mismo.”*

Los efectos de este acuerdo de indemnidad se comunican a BEST LUCK S.A., como cesionario de quienes convinieron la inmunidad de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., acuerdo que elimina la legitimación de aquella para reclamar la condena de esta por su gestión.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

2.3.1.1. SOBRE LA PÉRDIDA DE BIENES DEL FIDEICOMISO

En cuanto a la pérdida de los activos que BEST LUCK S.A., atribuye a la culpa de la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., y los otros demandados, además del acuerdo de indemnidad que inhibe la legitimación de BEST LUCK S.A., en los hechos de la demanda no aparece una mención concreta sobre cuáles fueron los bienes cuya pérdida es atribuible a los demandados, de lo cual se destila que en función del ejercicio del derecho de defensa, era de esperar que la demanda puesta por BEST LUCK S.A., delineara de modo específico una acusación sobre pérdida de bienes concretos, para que de ese modo los demandados pudieran replicar, demostrando, por ejemplo, que la pérdida no la hubo, o discutir la dimensión económica de la reparación necesaria en función del valor del bien perdido. En tanto los bienes aportados son inmuebles, correspondería a la parte demandante acreditar con vista en el folio de matrícula inmobiliaria, como es que hubo la pérdida o se erige una amenaza porque el registro lo muestra. No desconoce el Tribunal la existencia de amenazas sobre los inmuebles y el deterioro de la custodia, pero la pérdida de un inmueble, aparecería razonablemente en registros públicos o en sentencias judiciales de pertenencia en favor de terceros o decretando la evicción, y la demanda no describe que ello haya sucedido, ni muestra el instrumento jurídico que reconozca el dominio adquirido por terceros o acredite la evicción o la amenaza concreta, su delimitación y el valor económico de este deterioro, de lo cual se infiere el incumplimiento de la carga de la prueba.

Además de lo anterior, si se tratase de afectaciones a la posesión o a la tenencia, era carga de la parte demandante acreditar que la mengua de la situación jurídica de los inmuebles, esto es, la amenaza, venía de omisiones atribuibles a la demandada Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., bien porque esta ejerció la tenencia de los inmuebles y por descuido o negligencia provocó el surgimiento de riesgos que pudieran afectar los inmuebles de manera irreparable e irrecuperable para que se pueda aplicar el concepto de pérdida, así como cuantificar su equivalencia monetaria, pruebas ausentes de este expediente.

De conformidad con el artículo 1894 del C.C. *“Hay evicción de la cosa comprada, cuando el comprador es privado del todo o parte de ella, por sentencia judicial”*. Esta sería la exigencia para dar por perdido alguno de los inmuebles que ingresaron al patrimonio autónomo administrado por ALIANZA FIDUCIARIA S.A. Es evidente que en el proceso no aparece providencia judicial alguna que haya decretado la pérdida jurídica de alguno de los bienes que integran el fideicomiso, de lo cual se colige el incumplimiento de la carga de la prueba.

El concepto de pérdida material o jurídica de la cosa ha sido delineado por la jurisprudencia y acontece en inmuebles cuando la propiedad ha pasado a terceros. (C.S.J. Sentencias de casación 30 de agosto de 1954 LXVIII, 391, 29 de septiembre de 1970, CXXXV, 184, 14 de octubre de 1976, 5 de abril de 1978).

Con relación a los demás demandados en la demanda principal, subsiste el mismo criterio de ausencia de demostración de la pérdida de los bienes. Por lo demás, dicha pérdida afectaría de modo principal a los propios demandados distintos de la Sociedad Fiduciaria ALIANZA, pues como fideicomitentes constituyentes tienen una legítima expectativa sobre el destino de esos bienes, ya sea por el buen suceso del contrato o porque dichos bienes pudieran revertir al patrimonio de los aportantes al final del contrato.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Pero si algún demérito ha recaído sobre los bienes fideicomitidos, por las amenazas puntuales que sobre ellos se ciernen, además de la vaguedad de la imputación y su destinatario, y la indemnidad reconocida a Fiduciaria ALIANZA por BEST LUCK S.A. o sus antecesores, que es lo mismo, no hay prueba alguna en el expediente del perjuicio recibido y es claro que sin daño no hay responsabilidad, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como se puede evocar en fallo de 4 de abril de 1968, M.P. Fernando Hinestrosa Forero, consideración esta que se extiende de modo transversal a todas las partes en este asunto, que fracasaron en la demostración del daño concreto que recibieron con los actos que denuncian a cargo de quienes ellos convocan, por el apotegma de que no hay responsabilidad sin daño demostrado y sin acreditar su dimensión económica.

2.3.1.2. SOBRE LA TENENCIA DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

A juicio del Tribunal, en el expediente no está acreditado que la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., hubiera ejercido la tenencia material de los inmuebles.

En la cláusula quinta de la escritura 1862 de 1994, se dice nítidamente que *“LA FIDUCIARIA conservará la propiedad de los bienes fideicomitidos pero entrega su tenencia a los FIDEICOMITENTES quienes a su vez, la deberán entregar a las firmas constructoras designadas por la junta del fideicomiso, con el único objeto de adelantar la construcción del proyecto.”*

No hay duda que esta es la regla de oro del contrato en materia de tenencia de predios, regla que no fue alterada en la escritura número 5279 del 4 de agosto de 1994, ni en ningún otro instrumento público posterior. La fuerza de esa disposición deriva de la naturaleza de las cosas que se revela en el texto de la misma cláusula. En este caso, por la esencia del fideicomiso, la titularidad de la propiedad naturalmente debe residir en la Sociedad Fiduciaria, pero por la necesidad de cumplir el objeto de la fiducia, esto es, la construcción y el desarrollo de las obras, es apenas lógico que la tenencia fuera ejercida por la Sociedad constructora que sucesivamente fue designada por los Fideicomitentes con el fin de desarrollar el proyecto constructivo, ajeno por entero a la función de la Sociedad Fiduciaria según el contrato. Tal es el entendido de la expresión *“con el único objeto de adelantar la construcción del proyecto”* con el que las partes convienen la custodia de los bienes.

De la misma manera, en la cláusula quinta de la escritura número 6338 suscrita el 9 de septiembre de 1994, sobre la tenencia y custodia del predio aportado por ARTURO PAREJA NÚÑEZ, se reiteró el criterio de que la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. no ejercería la tenencia ya que esta fue entregada desde un comienzo a la sociedad denominada COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A. por decisión de los fideicomitentes.

Y que la escritura número 6338 del 9 de septiembre de 1994 sólo haya sido suscrita por ARTURO PAREJA NÚÑEZ y la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. no altera la realidad del negocio jurídico complejo, pues no cabe duda alguna que ese contrato está coligado, con los actos contenidos en las escrituras números 1862 y 5279 de 1994, en tanto forma con ellos una unidad comercial integral y podríamos decir que de alguna forma inescindible. El criterio de unidad integral monolítica de los tres actos contenidos en las escrituras números 1862, 5279 y 6338 se demuestra por los hechos mismos, *res ipsa*

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

loquitor, pues justamente el ingreso del predio aportado por ARTURO PAREJA NÚÑEZ mediante la escritura pública número 6338 ha surgido como obstáculo agravado del desarrollo del fideicomiso, precisamente porque la parte no saneada que fuera transmitida mediante ese instrumento a la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., obstruyó de modo importante el desarrollo del proyecto por los problemas que múltiples testigos han caracterizado en su lenguaje como doble tributación y las invasiones que le aquejaban, entre otros. Por lo demás, según la prueba pericial y el testimonio de Carlo Pio Uribe Botero, es claro que la suma de áreas genera el efecto de ser una sinergia determinante, pues a más área, mayor posibilidad reglamentaria de obtener incremento de la densidad de la construcción, esto es una mayor altura permitida, lo que viene a mostrar la unidad de los contratos, útil en este caso para ver como ellos revelan, vistos conjuntamente, que la tenencia de los predios fue ejercida por los fideicomitentes, por las sociedades que estos indicaron o siguiendo sus instrucciones, designio que se destila de los documentos constituyentes de la fiducia.

A todo lo anterior se suma, que un muy importante volumen de prueba testimonial rendida en el proceso arbitral, da cuenta del ejercicio material de la tenencia por compañías integradas S.A., por la promotora Manzanillo del Mar S.A., por la Sociedad HABITECH y por los sucesores de esta. Es evidente entonces que la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. no ejerció la tenencia de los inmuebles aportados al fideicomiso, pues siempre la rechazó, así las disposiciones contractuales muestran que la vocación de la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., fue repeler la tenencia, lo cual resulta razonablemente compatible con la necesidad que impone el desarrollo del emprendimiento constructivo, que descansa la tendencia en manos del constructor, de lo cual hay suficiente evidencia en el proceso. Se suma a este contingente probatorio que exonera a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. de las responsabilidades derivadas del ejercicio de la tenencia y de sus secuelas, el hecho de que algunos fideicomitentes como CARLOS PÍO URIBE PALACIO y otros declarantes, quienes afirman sin vacilación que los gastos de vigilancia eran cubiertos directamente por los fideicomitentes mediante mecanismos poco ortodoxos, pero indicativos de que la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., no ejercía materialmente la tenencia, así fuera informada de la rotación de los custodios y suscribiera los documentos como propietaria fiduciaria.

Desde otra perspectiva, para el Tribunal nada hay de extraño en que la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., firmara o suscribiera contratos de tenencia, pues resulta posible que, a partir de la tenencia inicial ejercida por COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., la tenencia transitara hacia distintos sujetos mediante disposiciones jurídicas sucesivas sin que dicha tenencia material pasará físicamente a manos de la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. Es perfectamente posible que, siguiendo siempre instrucciones de los fideicomitentes, la tenencia circulara a voluntad de los dichos Fideicomitentes entre distintas personas jurídicas a quienes la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., obrando como propietaria, y en acatamiento a las órdenes de los Fideicomitentes, formalmente instituía distintos tenedores, sin ejercer ALIANZA físicamente la tenencia en ningún momento. Así como la tradición de una cosa mueble puede hacerse sin desplazamiento físico de la esfera de custodia del tradente al adquirente, como permite el numeral 5º del artículo 754 del C.C., la tenencia puede desplazarse entre sujetos distintos, sin la intervención física del dueño o de quien provee la tenencia y con la sola voluntad de instituirlos como tenedores, en este caso por mandato de los fideicomitentes dirigido a la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Además de lo anterior, la demandante BEST LUCK S.A., exoneró a la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., y si bien esa exoneración sólo tendría efectos inter partes, desde la perspectiva individual descalifica a BEST LUCK S.A., como cesionario de NEMECK S.A., GARAVITO & ARÉVALO S. en C., y LEONARDO GARAVITO GARCÍA para hacer imputaciones contra la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. relativas a la tenencia por carencia de legitimación, elemento este que puede ser considerado de oficio por el Tribunal.

Y aunque tal exoneración es relativa, *inter alios*, no es poca cosa como criterio de interpretación que muestra la sinrazón del reclamo contra ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por la pérdida, por supuesto no demostrada, de algunos de los bienes que integran el fideicomiso.

En efecto, es procedente involucrar en el análisis el llamado documento “**declaraciones**”, suscrito el día 27 de junio de 2012. En este documento las firmas NEMECK S.A., GARAVITO & ARÉVALO S. en C., y LEONARDO GARAVITO GARCÍA celebraron un acuerdo con la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en cuya cláusula QUINTA se expresa:

*“que declaran a paz y salvo a **ALIANZA** por la gestión que hasta la fecha ha realizado, desde la constitución del **FIDEICOMISO INM MANZANILLO DEL MAR**, hasta la actualidad y, por ende, liberan a **ALIANZA** de toda reclamación económica o responsabilidad económica derivada de la ejecución del contrato de industria mercantil que dio origen al **FIDEICOMISO INM MANZANILLO DEL MAR**, lo anterior no impide que NEMECK S.A., GARAVITO & ARÉVALO S. en C., como cesionarias, ejerzan sus derechos bajo el contrato de fiducia y exijan el cumplimiento del mismo.”* Se insiste que este acto se aplica a BEST LUCK S.A., como cesionario de quienes convinieron la inmunidad de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

De conformidad con la anterior disposición de intereses, que bien puede ser entendida como una transacción que extingue la jurisdicción, la demandante BEST LUCK S.A., transcurridos 18 años desde la iniciación del fideicomiso y plenamente consciente de que este no progresaba, sabedor de su estado de estancamiento, extendió una salvaguarda a favor de la demandada Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. De modo que esa cláusula de indemnidad inhibe la posibilidad de enjuiciamiento de esta demandada, a menos que se acreditase una clara transgresión de los deberes contractuales posteriores al año 2012, en que se otorgó la inmunidad a favor de Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., reclamación que no aparece en la demanda planteada por BEST LUCK S.A.

A este propósito no es de recibo el intento tardío de BEST LUCK, explícito en la audiencia de alegatos, en el que intenta invalidar el acuerdo de entendimiento al proponer que el Tribunal le reste eficacia, disposición que este no puede tomar por no tratarse de una nulidad absoluta ni ser evidente el vicio.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

2.3.1.3. CARENCIA DE LEGITIMACIÓN POR LA CONDICIÓN DE CONTRATANTE INCUMPLIDO DE BEST LUCK S.A.

BEST LUCK S.A., es contratante incumplido en cuanto está colocado al final de una cadena de actos de transmisión de derechos, en cuyo primer eslabón aparece el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ; contratante incumplido y cedente originario que comunica su estado a los sucesores, quiere decir lo anterior, que la sociedad BEST LUCK S.A., tomó la posición contractual de aquel con todos sus vicios y virtudes.³²

Los incumplimientos del señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ son permanentes, graves y reiterados y reiterados, no hay más que ver la escritura número 6338 otorgada el 9 de septiembre de 1994, en la cual se obligó a *“entregar su tenencia libre de cualquier perturbación que comprometa la ejecución de las actividades necesarias para el cumplimiento del objeto del presente contrato.”*

Igualmente, en la cláusula quinta (Cuaderno de Pruebas No. 1 folio 35) el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ se obligó del siguiente modo *“... EL FIDEICOMITENTE ADHERENTE – se obliga- a entregar a COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., el resto de área una vez su subsane la ocupación parcial que existe en ella, hecho que será notificado por escrito a ALIANZA.”*

Hay abundante prueba testimonial y documental, actas de Junta de Fideicomitentes, sobre que esa entrega jamás se produjo. Además, las decisiones tomadas al interior de la Junta del Fideicomiso, señalan de modo inequívoco que el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ no cumplió, que inclusive la decisión de la Junta del Fideicomiso fue la de revertir la propiedad formal sobre la parte no entregada por Pareja Núñez, como solución para depurar el fideicomiso, evitar el pago doble de impuestos y facilitar la ejecución del fideicomiso. No obstante lo anterior, el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ tampoco cumplió, pues no se presentó a suscribir la escritura pública que buscaba depurar el fideicomiso de aquella porción de terreno que nunca pudo entregar. Hizo inclusive exigencias de gastos de traslado para firmar la escritura pero no concurrió a cumplir.

Y si a todas luces ARTURO PAREJA NÚÑEZ es contratante incumplido, esa condición se transmite a todos quienes derivan sus derechos de él en los sucesivos negocios jurídicos de sustitución. Habiendo tomado la sociedad demandante BEST LUCK S.A., la posición contractual de ARTURO PAREJA NÚÑEZ desde luego respecto de aquella es aplicable la excepción de contrato no cumplido.

La demandada ALIANZA FIDUCIARIA S.A., así lo planteó con toda nitidez en la contestación de la demanda en la que propuso la llamada excepción *mora creditoris* derivada de incumplimiento de ARTURO PAREJA NÚÑEZ a partir del folio 128 del cuaderno principal número uno. Entonces, es pertinente tomar en cuenta el incumplimiento de ARTURO PAREJA NÚÑEZ, que contamina sin excepción a sus sucesores, como presupuesto de la carencia de legitimación para reclamar el incumplimiento de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., sin ir más allá en la consideración del hecho del incumplimiento en sus demás aristas.

³² Sentencias de 19 de octubre de 2011 Y 24 de julio de 2012, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

El mismo incumplimiento había sido denunciado por la parte demandada ALIANZA FIDUCIARIA S.A. en el folio 111 del Cuaderno Principal No. 2, en el cual consignó: *“nótese que es el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ es contratante incumplido, razón por la que las pretensiones de la demanda están llamadas al fracaso.”*

Y el incumplimiento de ARTURO PAREJA NÚÑEZ va más allá, pues puede predicarse que nunca hizo tradición del inmueble que aportó al fideicomiso mediante la escritura número 6338. Así el artículo 922 del Código de Comercio establece que *“La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa.”*

Entonces al señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ le es imputable el incumplimiento del contrato por falta de tradición de la cosa, pues como la entrega-tradición nunca se consumó en su totalidad, Pareja Núñez y además no cumplió la obligación de saneamiento prevista en la cláusula segunda, la única manera de que se atendieran las obligaciones emergentes de la escritura pública número 6338 del 9 de septiembre de 1994, sería mediante la depuración del inmueble, esto es sustrayendo el dominio del fideicomiso aquella parte viciosa, obligación que Arturo Pareja Núñez no cumplió, tampoco sus cesionarios lo hicieron. Por lo demás, el deber de sigilo y prudencia, una mínima carga de sagacidad imponía a los cesionarios, entre ellos BEST LUCK S.A. ahora demandante, indagar previamente la existencia de estas promesas incumplidas por parte de su cedente ARTURO PAREJA NÚÑEZ y sus efectos, pues aquellas obligaciones de saneamiento constaban en instrumentos públicos a disposición de cualquier persona, la sola consulta de los títulos públicos en que constaba la condición que fue incumplida por Pareja Núñez. Desde luego no puede aceptarse la candidez comercial entre comerciantes que adquieren verdaderos derechos en controversia bloqueados durante 20 años, por lo menos, y quienes debieron detonar las alarmas, razón además para exigir deberes de auto protección cuya inobservancia no pueden trasladar a otros contratantes. Las notas sucesivas de cesión contienen la información suficiente para derrotar la ingenuidad de los cesionarios adquirentes de derechos.

No hay duda que, el contrato mediante el cual ARTURO PAREJA NÚÑEZ transfirió al FIDEICOMISO MANZANILLO DEL Mar la propiedad de unos predios, que consta en la escritura número 6338 del 9 de septiembre de 1994 de la Notaría Sexta de Bogotá, estaba sometido a una condición resolutoria parcial que constaba en el contrato. Que se trataba de una condición que podía frustrar el contrato es evidente a partir del resultado que llevó al estancamiento del fideicomiso. Se dice lo anterior porque la promesa de entregar la tenencia dentro del mes siguiente que aparece en la cláusula quinta de la escritura número 6338, constaba en títulos, es decir, no era oculta si no que estaba a disposición de los cesionarios que no son *penitus stranei*, de modo que, cuando estos tomaron la posición contractual de ARTURO PAREJA NÚÑEZ, no son terceros ajenos al principio consagrado en el artículo 1548 del código civil, justamente porque un simple examen de la situación del fideicomiso arrojaba luces sobre el incumplimiento de su cedente ARTURO PAREJA NÚÑEZ y del vicio que aquejaba la posición contractual que asumían al aceptar la cesión.

Pero lo anterior es poca cosa, si se toma en cuenta que la extrema larga duración de la ejecución de la fiducia, imponía a todos los cesionarios, desde luego incluido BEST LUCK S.A., el deber de autocuidado en grado superlativo, esto es observar la conducta prudente

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

de un buen hombre de negocios, y no caer en la inocente creencia de mejor no ver el riesgo y no indagar las razones del estancamiento del fideicomiso por más de 20 años, motivos constitutivos de parálisis que convergen todos en la conducta de ARTURO PAREJA NÚÑEZ y a sus incumplimientos, como una de las causas de la crisis permanente de este negocio jurídico.

Quiere decir lo anterior que la pretensión de la parte demandante Sociedad BEST LUCK S.A., para que se declare el incumplimiento de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., y los demás demandados está llamada al fracaso por ser aquel contratante incumplido que no puede presentarse como víctima inocente si su conducta contribuyó de modo eficaz, al efecto noxal.

Entre otros, el curador ad litem del demandado Benjamín Medina Rodríguez en la resistencia a la demanda, Cuaderno Principal No. 2, folio 212, excepción No. 2, alega el incumplimiento de la parte demandante como cesionaria de ARTURO PAREJA NÚÑEZ.

Todo lo anterior, que sería demostrativo del incumplimiento de ARTURO PAREJA NÚÑEZ y sus *ad lateres*, se incrementa exponencialmente, si como lo afirma la prueba pericial y lo corroboran algunos testigos, el vicio que recaía sobre el predio Manzanillo del Mar aportado por ARTURO PAREJA NÚÑEZ, no era de simple ocupación, sino de doble titulación que traslapaba la propiedad con la del señor Miguel Martínez, cuyo título originario se dice es una sentencia judicial dispuesta en juicio de pertenencia. Para agravar este estado de cosas, ya de por sí corrosivo para el progreso de los fines del fideicomiso, nunca se delimitó de manera certera la zona de la que era verdadero dueño ARTURO PAREJA NÚÑEZ y cual la que padecía de doble titulación. No hay duda que el ingreso del predio en semejantes condiciones es culpa de ARTURO PAREJA NÚÑEZ, pero desde luego también de los fideicomitentes que aprobaron colectivamente ese aporte, sin calcular que la simple ocupación era un problema de envergadura no solucionable en el tiempo que se propusieron, pero peor aún la doble titulación que pone en cuestión el dominio mismo del tradente. Y cuando el colectivo de fideicomitentes optó por la depuración fracasaron en su ejecución, proceso para el cual no bastaba con la sola la iniciativa de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., sino que era menester el pago de impuestos, levantamiento de planos y desenglobes.

2.3.2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Pidió la parte demandante BEST LUCK S.A., que fuera declarado el incumplimiento de los Fideicomitentes Constituyentes demandados. Sin que sea menester por ahora examinar si estos cumplieron o no las previsiones del contrato, baste con reeditar como consideración central todo cuanto se dijo *ut supra* acerca del incumplimiento de sus deberes contractuales imputable al señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ, comunicable a sus sucesores por actos de transmisión de derechos, le inhibe para exigir la resolución del contrato fundado en el incumplimiento de la otra parte. La ética del negocio jurídico impone que quien acude al areópago esté libre de mácula, que no haya siquiera sospecha sobre su conducta contractual.

No es la situación del señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ, pues incumplió de manera reiterada y grave con la obligación de hacer la tradición de los bienes hacia el fideicomiso, violando lo dispuesto en el artículo 922 del código de comercio, es decir que la tradición se quedó a medio camino y nunca fue cumplida. A ello se agrega que nunca hubo la

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

adecuada delimitación física e irrefutable que muestre la separación entre lo invadido y lo controlable por el Fideicomiso, esto es de la parte realmente entregada y la que era ocupada por terceros invasores, lo que incide de modo determinante en la tradición del inmueble y en el buen progreso del objeto del fideicomiso. A ello se suma que el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ de manera reiterada incumplió el intento de depuración de la propiedad, que se pensó lograr revirtiendo la parte viciosa del predio, pues Pareja no facilitó ese mecanismo, lo que descalifica a los ocupantes de la posición contractual de este para reclamar incumplimiento de los demás contratantes.

Pero si lo anterior no fuera bastante, tómesese en cuenta que hay prueba testimonial que revela como el señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ propició invasiones al terreno, las que vinieron a agravar la situación y a entorpecer en mayor medida el desarrollo del emprendimiento. Hay en el proceso testimonios creíbles acerca de la conducta desleal y anfractuosa del señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ. Para el Tribunal esa conducta desleal es constitutiva, no sólo de incumplimiento contractual, si no de abierta mala fe, que no puede quedar purgada con un negocio jurídico de sustitución, razón suficiente para que la firma BEST LUCK S.A., no pueda ser habilitada para reclamar por el incumplimiento contractual de los Fideicomitentes constituyentes que de alguna manera también son víctimas de la conducta contractual reprochable observada por ARTURO PAREJA NÚÑEZ.

A ello se suma que el vicio que aqueja al predio aportado por ARTURO PAREJA NÚÑEZ no es de simple ocupación, sino mucho más grave, pues se trata de un caso de doble titulación, cuya superación era imposible dentro del término fijado y contaminaba esencialmente el predio aportado.

La pretensión entonces no prospera.

2.3.3. PRETENSIÓN PRIMERA CONSECUENCIAL DE LA PRIMERA Y/O SEGUNDA PRINCIPAL

Naturalmente el fracaso las pretensiones primera y segunda principales descarta toda viabilidad de cualquier pretensión consecuencial derivada de los reclamos fallidos.

2.3.4. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RECLAMADAS POR BEST LUCK S.A. SEGUNDA SUBSIDIARIA

El Tribunal abordará primero esta segunda pretensión subsidiaria por la cual se solicitó declarar que los Fideicomitentes constituyentes, observaron conductas contrarias a la buena fe contractual. Como es sabido, y ya se hizo una consideración teórica en el umbral de este laudo, en el régimen de derecho privado la buena fe se presume y la mala fe debe acreditarse y no hay en el proceso arbitral asomo de prueba de la mala fe endilgada a los Fideicomitentes interesados en el progreso y no en el fracaso del negocio jurídico. Esta pretensión está condenada al fracaso, además, porque en la descripción de los supuestos de hecho de la demanda, ni siquiera se hizo una mención explícita acerca de cuáles serían los hechos constitutivos de la mala fe atribuidos a los fideicomitentes constituyentes. Se denegará por tanto esta segunda pretensión subsidiaria esgrimida por la sociedad BEST LUCK S.A.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

2.3.5. PRIMERA SUBSIDIARIA

Se pidió al Tribunal disponer la terminación del contrato de fiducia como consecuencia de la imposibilidad absoluta de realizar los fines del fideicomiso.

Igualmente, se pidió que el Tribunal declare la terminación del contrato con apoyo en el vencimiento del plazo, por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual estaba sometida la fiducia, imposibilidad de la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia, y/o por cumplimiento del término de su duración.

2.3.5.1. PRETENSIÓN DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR LA IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA DE REALIZAR LOS FINES DEL FIDEICOMISO, RECLAMADA POR LA SOCIEDAD BEST LUCK S.A.

En el umbral de este apartado, se destaca que la causal de terminación del contrato de fiducia por imposibilidad de lograr los fines que inspiraron su celebración puede ser alegada aún por el contratante incumplido, menos el caso en el cual el hecho que obsta lograr los fines del contrato es culpa exclusiva de ese contratante. Si la causa determinante de la imposibilidad es culpa exclusiva de un solo contratante, deberá examinarse en primer lugar esa culpa y deducirse las responsabilidades individuales, caso en el igual el contrato terminará como secuela de esa culpa, y por tanto el contratante incumplido no podrá alegar la causa objetiva de terminación por imposibilidad. Por supuesto, si a esa imposibilidad se llegó por culpa exclusiva de un contratante, este carecería de habilitación moral y jurídica para exigir la terminación, pues esa conducta transgrede gravemente el principio *nemo propriam turpitudinem suam allegans*, pues nadie es llamado a sacar provecho de sus propias culpas, puesto que es ofensivo de la ética contractual mínima. Es un incentivo perverso y disolvente de los valores sociales que la maldad genere beneficios; que el ladrón pueda retener el botín.

Empero, cuando la imposibilidad es fruto de la concurrencia de múltiples causas o de varias culpas, sin que pueda identificarse una sola de ellas como determinante, cualquiera de los contratantes puede pedir al juez la terminación del contrato acudiendo a la causal objetiva, denominada imposibilidad. Por supuesto que si claramente se ha llegado a un estado de quiebra del contrato de fiducia porque su ejecución es material o jurídicamente imposible, o porque su realización es gravemente onerosa, el juez, consultando los fines del contrato según ellos fueron proyectados en el acto, deberá reconocer el efecto deletéreo de la cláusula implícita *rebus si stantibus* sobre el principio *pacta sunt servanda*.

En el presente caso no hay duda de las culpas colectivas, entre las cuales bastaría con señalar la manera negligente e irresponsable como los fideicomitentes constituyentes, manejaron el ingreso vicioso de aporte del señor ARTURO PAREJA NUÑEZ, así como las medidas equivocadas que se tomaron para intentar la depuración y la forma absolutamente negligente en que se intentó cumplir esa depuración.

La extinción del negocio fiduciario está prevista en el artículo 1240 del C. de Co., cuyo numeral 2º establece que es causa de extinción de negocio fiduciario “*la imposibilidad absoluta de realizarlos*”, se refiere la norma a la imposibilidad de realizar los fines del negocio fiduciario. Igualmente, en el pacto convenido que da origen al fideicomiso, las partes reprodujeron el artículo 1240 del C. de Co.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

En lo relacionado con la vigencia y terminación del contrato de fiducia, para el Tribunal rigen las convenidas por las partes en las cláusulas vigésima novena y trigésima del contrato solemnizado por la escritura N° 5279, ya varias veces mencionada, que al respecto disponen que la duración será la necesaria para dar cumplimiento al objeto del fideicomiso, sin exceder el máximo legal y que el mismo se termina por:

“Haberse cumplido su finalidad.

Por imposibilidad absoluta de realizar su objeto.

Por orden de autoridad competente debidamente ejecutoriada.

*Por vencimiento del término establecido en la vigésima novena.*³³

Por las demás causales establecidas en la ley, o en este contrato”.

La pretensión para que se declare la terminación del contrato por la imposibilidad de lograr los fines perseguidos con la constitución de la fiducia es una causal objetiva de terminación debida a factores que inciden adversamente en la posibilidad de llevar adelante el negocio jurídico.

La frustración del contrato supone un repaso por las categorías básicas del negocio jurídico, pues el análisis del itinerario de la convención lleva necesariamente a examinar el objeto de las obligaciones y de contrato, así como la noción de causa.

El profesor Álvaro Pérez Vives antaño planteaba la indagación por el plan de las partes con miras a saber si la meta era posible *ab initio*, más allá de la irrupción de causas sobrevinientes que conspiraran *ex post* contra el éxito. *“Pues bien; tan importante es, para un contrato, el cabal cumplimiento de las prestaciones prometidas por las partes (objeto de las obligaciones de las mismas) como el total logro del ‘objeto del contrato’, porque bien puede darse el caso de contrato en el cual las partes hayan cumplido sus obligaciones, en el sentido de efectuar la prestación que es objeto de ellas, sin que, a su vez, hayan alcanzado el objeto del contrato. Esta idea de que todo contrato tiene un fin, ha alcanzado modernamente gran actitud, tanta, que se la presenta hoy como sustituto del viejo concepto de causa.”*³⁴

Esta reflexión ubica la causa, no en el hito inicial para juzgar la validez del contrato, sino su posibilidad real de ejecución. No se trata en este caso de acudir al lugar común de la teoría clásica o la neocausalista ni de repetir que las prestaciones de cada contratante se sirven recíprocamente de causa, porque no estamos en presencia de un clásico contrato bilateral que establezca prestaciones recíprocas, sino de una especie de contrato colaboración cuya esencia se aproxima al contrato de sociedad. En efecto, no es un dislate conceptual comparar el patrimonio autónomo con la sociedad, en tanto el patrimonio autónomo y la sociedad no tienen vida propia y demandan un vehículo de expresión de su voluntad, es decir ambos están necesitados de representación y la ley provee la forma. Igualmente, ni el capital de la sociedad se confunde con el de los socios, ni el patrimonio autónomo, naturalmente por esa autonomía, no se confunde con el patrimonio del fiduciario, ni con los patrimonios de los fideicomitentes y beneficiarios.

³³ Esta cláusula se refiere a que el contrato debe respetar término máximo fijado por la ley

³⁴ Pérez Vives Álvaro, Teoría General de las Obligaciones, Universidad Nacional de Colombia, Sección de Extensión Cultural, 1957, pág. 248

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

De otro lado, tanto la sociedad como el patrimonio autónomo, no solo tienen instrumento de representación sino además órganos de dirección, como serían las juntas directivas o de socios, en un caso, y los comités de fideicomitentes en el otro. Igualmente, hay identidad de esencias entre los dos contratos en cuanto a la persecución de propósitos crematísticos.

Se dice lo anterior para significar que el fin de contrato de fiducia, puede tener como espejo el objeto social definido para la sociedad en su acto constituyente. Y la utilidad que tiene en este caso la comparación, reside en excluir en materia de causa, entendida como el fin perseguido por los contratantes, las nociones clásicas o neo clásicas de causa, que no fueron construidas para los contratos como el de sociedad, o en el de fiducia, en el cual las prestaciones y los vínculos contractuales no se establecen entre los socios sino con la sociedad o con el patrimonio autónomo representado por la sociedad fiduciaria. A manera de ejemplo elemental, un socio no podría cobrar ejecutivamente a otro socio el aporte no pagado, pues la exigencia de esa prestación corresponde a la sociedad y no a los socios, pues entre ellos, en principio, no hay ninguna relación jurídica. Trasladada esta reflexión al contrato de fiducia que distrae la atención de este Tribunal, no es posible en principio la existencia de obligaciones entre los fideicomitentes, llámense estos constituyentes o adherentes, sino que las obligaciones de colaboración existen de todos para con el patrimonio autónomo con el fin de obtener el objeto definido en el contrato, que es, se repite, el espejo del 'objeto social' de la persona jurídica.

En ese contexto, es pertinente señalar el grado de autonomía, independencia, iniciativa y gestión del fiduciario, es sensiblemente exiguo frente a las facultades del representante legal de una sociedad, que desde luego tiene poderes solo limitados desde las cláusulas del contrato social. Y desde luego esto tiene influjo en la ecuación política poder y responsabilidad, pues a mayores poderes desde luego mayores responsabilidades, lo que lleva, siguiendo esta labor de parangón a decir que si el representante legal de una sociedad responde en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, según el cual *“Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.”* y con sujeción a los deberes que esa regla le impone, la responsabilidad del fiduciario, investido de menores poderes, nunca podría ser mayor como sugieren las distintas pretensiones. Desde luego que los fiduciarios, por su propia naturaleza *“Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados”*.

Estos preciosos deberes de conducta que han de gobernar el aquilatado proceder de los administradores se aplican a los fiduciarios, no obstante, ello no implica que el fiduciario asuma obligaciones de resultado y que sea responsable del buen éxito del objeto de la fiducia, si es que no cuenta con la necesaria colaboración de todos los fideicomitentes.

La *“buena fe”* y la *“diligencia esperada de un buen hombre de negocios”*, y los deberes abstractos de conducta lealtad, buena fe, diligencia de un buen hombre de negocios, no son bastante para juzgar la responsabilidad de los administradores sociales, sino que debe acudir a los deberes concretos que imponen los siete numerales de la regla 23 de la Ley 222 de 1995. La aplicación de esa regla implica una hermenéutica de los verbos rectores de la conducta esperada de los administradores que según los siete numerales consiste en el deber concreto de *“Realizar los esfuerzos”, “velar”, “guardar y proteger”*,

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

“abstenerse”, “dar trato igualitario”, “abstenerse de obrar en situación de conflicto de intereses o hacerlo público”. La Sala de Casación Civil de la Corte en fallo de 8 de agosto de 2013, Expediente 11001-3103-003-2001-01402-01, al dictar la sentencia sustitutiva y fijar la responsabilidad de un dicho Gerente, analizó los deberes concretos de que tratan los numerales 1º y 2º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Para la Corte:

“la Ley 222 de 1995, entre otros aspectos estableció que “deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, así mismo les exige “[r]ealizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social. (...). Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias” y, en lo atinente a “la responsabilidad”, prevé que “(...) responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”.

Lejos de detener su análisis en los enunciados abstractos de “buena fe” y “buen hombre de negocios”, la Corte resaltó que había *“quedado claro la inexistencia de barreras de protección a los peatones, verbi gratia, malla o túnel, que impidiera la caída de un objeto como el trozo de madera visto al lado del cuerpo del fallecido por la médica cirujana que le prestó los primeros auxilios, en el punto donde quedó el cuerpo del accidentado”.*

Igualmente, la Corte se detuvo a examinar el certificado de existencia y representación del que desprende que la compañía tiene por *“objeto principal: la planeación, desarrollo, construcción, financiación, promoción y venta de las unidades privadas y bienes de uso común del Edificio Capital Tower”* y examinó las concretas facultades del representante legal.

Luego de ello, la Corte, en la sentencia sustitutiva cita de modo específico *“El inciso 2º del artículo 23 de la citada Ley 222, en punto de los ‘deberes de los administradores’, en lo pertinente establece: ‘1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social. 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. (...)’.*”

La Jurisprudencia Constitucional igualmente ha deslindado los deberes abstractos y concretos de los administradores. Así en la sentencia C-384/086 de 6 agosto de 2007, dijo la Corte Constitucional:

*“Los deberes de los administradores como marco de una relación de confianza. En orden a caracterizar el tipo de relación que vincula a los administradores con la sociedad, cabe destacar los deberes que la ley mercantil adscribe a aquellos. Contempla **unos genéricos**, consistentes en obrar de buena fe, con lealtad y la diligencia propia de un buen hombre de negocios, orientando sus actuaciones hacia el interés de la sociedad, teniendo en cuenta también los intereses de los asociados.*

*Como deberes **específicos** de observancia en el desempeño de sus funciones de administración prevé los de: (i) Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social; (ii) velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias; (iii) velar por que se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal; (iv) guardar y*

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

proteger la reserva industrial y comercial de la sociedad; (v) abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada; (vi) dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos; (vi) abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses (...)”.

A riesgo de fatigar con extensa reseña anterior, la semejanza entre el contrato de sociedad y el contrato de fiducia permite construir un criterio simple para determinar la responsabilidad del fiduciario, no para excluirlo de sus preciosos deberes de conducta contractual, que son en esencia la confianza, si no para reconocer caso por caso, que si un fiduciario está atado a la voluntad de los fideicomitentes, subordinado a cada paso a la provisión de recursos, por ejemplo, en términos de responsabilidad por la frustración del objeto del negocio fiduciario debe mirarse con mayor laxitud al fiduciario que al administrador de la sociedad.

En el caso presente, los perfiles del contrato señalan un muy escaso margen de maniobra del fiduciario, por la existencia de varios órganos de dirección y una administración centralizada en comités, una dependencia enorme de la gestión de los fideicomitentes en materia de planes, autorizaciones oficiales, desarrollo de planos y estudios, licencias fundamentales para superar las etapas previstas en contrato y de manera determinante el flujo de recursos y otros, variables todas fuera del gobierno de la sociedad fiduciaria. La merma de facultades de la sociedad fiduciaria debe tener entonces reflejo en su responsabilidad, de modo que, sin que ello implique establecer inmunidades impropias de la institución fiduciaria gobernada esencialmente por la confianza, no es posible en este caso concreto atribuir a la demandada ALIANZA FIDUCIARIA S.A. la responsabilidad por la frustración de objeto concebido como meta del fideicomiso, yendo más allá de lo que sería exigible del administrador de una sociedad.

Las reflexiones precedentes además sirven para juzgar que en la propia entraña del contrato habitan las causas que llevaron a su fracaso, habida cuenta de la dispersión de esfuerzos y la ausencia de mecanismos normativos que hicieran eficaz la colaboración colectiva necesaria en este tipo de contratos. Los poderes que conservaron y ejercieron algunos de los fideicomitentes al margen de la institución oficial, como CARLOS PÍO URIBE, el flujo de recursos previsto en el contrato a cargo de los fideicomitentes constituyentes, que no tenía siempre como destino el patrimonio autónomo sino cubrir obligaciones con terceros, originadas en demandas civiles contra Carlo Pío Uribe Botero, por ejemplo, la anarquía de centros de decisión sobre cuestiones fundamentales, por fuera de la fiduciaria e inclusive por fuera de los comités, permiten denunciar graves defectos estructurales de concepción jurídica del negocio, a los que se puede sumar la ausencia de análisis de stakeholders que ofrece un estudio detallado de las personas o los grupos que tienen algún interés, derecho o relación con el Proyecto desde la comunidad, poseedores de información relevante para el desarrollo del Proyecto, también quienes representan grupos o personas que afectan o bloquean la dinámica del Proyecto. Igualmente se echa de menos una matriz de marco lógico como herramienta que resume las actividades de cada Etapa del Proyecto con sus Indicadores, sus fines y sus riesgos, así como los instrumentos para la revisión, seguimiento y evaluación de los componentes y actividades del Proyecto y sus etapas. En este preciso aspecto, la debilidad normativa del proyecto en su germen, se muestra por la ausencia de toda disciplina y restricción en el cumplimiento de las etapas del proyecto, auspiciadas por la debilidad normativa y la

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

irresponsabilidad en el cumplimiento de las etapas cruciales en un proyecto como su marco lógico. Como dictaminaron los peritos la superación de la Etapa I y el paso a las etapas II y III, fue una decisión política de los comités y no obedece a la realidad, transición de etapas de suma gravedad en cuanto compromete intereses de terceros a quienes se muestra un estado del proyecto plasmado en decisiones formales pero disociado de la realidad. Todos esos atropellos a la cordura fueron posibles por las debilidades estructurales congénitas del proyecto y sus secuelas deben ser socializadas solidariamente entre quienes lo concibieron y sus cesionarios y no pueden ser atribuidas a uno solo de los partícipes o a la Fiduciaria.

Con una estructura tan precaria desde el punto de vista financiero, técnico y normativo, el resultado, 24 años de estancamiento y de fracaso irreversible, no deberían sorprender a nadie.

Pero si los defectos inaugurales del proyecto no fueran suficientes, el itinerario descrito por testigos y partes, corroborado por los peritos, muestra que en el transcurso de estos 24 años se tomaron decisiones colectivas internas que deterioraron aún más las posibilidades de éxito del proyecto.

Hay pruebas en abundancia de la actividad errática que los órganos del fideicomiso causantes de la frustración del proyecto. Y para no perseverar en el hallazgo de culpas individuales, las que tendrían un tratamiento diferente por tratarse de un contrato en que era imprescindible la colaboración, se resalta por parte del Tribunal que las decisiones con mayor impacto negativo en el proyecto fueron decisiones colectivas.

Es evidente que, inclusive el paso a la tercera etapa resulta más como el producto de cierto consenso forzado, que, de la realidad material de progreso del proyecto, respecto del cual, si bien algunas de las declaraciones de las partes y de testigos quiso transmitir el mensaje de que el proyecto se encontraba en la etapa III, la evidencia documental, y por qué no decirlo, la pericial financiera, no permiten un desenlace distinto a que el emprendimiento apenas si se asomaba a la etapa I. En efecto, basta con revisar la escritura pública No. 5279 del 4 de agosto de 1994, para advertir que el paso a la etapa III tenía como prerrequisito el cumplimiento de los requisitos de la etapa II, que exigía contar con la estructuración y definición del proyecto, la obtención de las licencias y permisos necesarios para llevar a cabo el proyecto, el presupuesto y el flujo de caja del mismo, información esta que según las pruebas recaudadas brilla por su ausencia en el fideicomiso.

De otro lado, no hay duda que fue colectiva la decisión de permitir el ingreso de ARTURO PAREJA NÚÑEZ, a sabiendas de los graves vicios que ese aporte tenía, a pesar de lo cual negligentemente se insistió en esa integración. Igualmente, colectiva fue la decisión de excluir una parte del terreno de ARTURO PAREJA NÚÑEZ sin que estuviera debidamente identificada y sin planear que para esa exclusión era menester el pago de impuestos y cumplir otros requisitos, así como garantizar su coactividad. Esta decisión colectiva incrementó el bloqueo, pues quienes la tomaron no previeron que no bastaba con suscribir una escritura o citar para que fuera signada por ARTURO PAREJA NÚÑEZ, sino que era menester el levantamiento de planos que otorgarán identidad al predio remanente, además de la provisión de fondos para el pago de los impuestos, nada de lo cual fue previsto por los órganos colectivos que tomaron una decisión que no ha sido cumplida hasta el día de hoy. Colectivas fueron, y ajenas a la Fiduciaria ALIANZA S.A. las

**TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS
ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO
URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ**

sucesivas decisiones de elección de constructores, esas sí detonantes de la parálisis y del deterioro del control sobre la posesión y la tenencia.

En ese contexto de decisiones colectivas equivocadas en materia grave, sumadas a los defectos congénitos del proyecto, las culpas individuales, como no informar adecuada y periódicamente, o aún expedir equivocadamente certificados carecen de la fuerza causal suficiente para detener el proyecto que ya estaba detenido con el solo ingreso de los predios tóxicos de ARTURO PAREJA NUÑEZ. Lo mismo acontece con el decreto de perención de un proceso reivindicatorio, por ausencia del representante legal de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. hecho que no obsta para que el proceso se iniciara de nuevo pues tal decisión no se erige en cosa juzgada.

Con relación a la superación de las etapas del proyecto, que fue una decisión colectiva y arbitraria, debe tomarse en cuenta que ella estaba asociada al otorgamiento de licencias administrativas. Pues bien, fueron decisiones colectivas las que delegaron en el señor Carlo Pío Uribe Botero la gestión de esas licencias de urbanismo. Los auxiliares de la justicia dictaminaron que dichas licencias fueron obtenidas irregularmente, que las cifras de área que en ella se anuncian, no se corresponden con la verdadera dimensión del proyecto Manzanillo del Mar tal como se describe en los documentos.

Baste ver la licencia 0161 de 1998, que se refiere a nueve casas por construir y un predio de 69 hectáreas, realidad muy distinta a lo que debería ser el proyecto a esas alturas de su desarrollo. De esta manera, la colectivización de las culpas, el lento e imperceptible incremento del deterioro del proyecto, y su degradación progresiva por las erradas decisiones colectivas, hacen innecesaria la búsqueda de culpables individuales.

Cuando se trata de contratos en los que es menester la colaboración de todos los contratantes en distintos momentos y mediante diferentes esfuerzos, y por los perfiles individuales de este contrato, que subordinaba su buen suceso a la colaboración de todos, no es posible aplicar del mismo modo las herramientas tradicionales inherentes al incumplimiento, por no haber prestaciones recíprocas entre los contratantes como acontece e contratos bilaterales clásicos. En efecto, ninguno de los fideicomitentes estaba en posibilidad de exigir a otro un deber de conducta específico, si todos debían acudir solícitos a aportar sus esfuerzos y a fe que no lo hicieron.

Y quienes hoy afirman que lograr el objetivo aún es posible quedan atrapados en la paradoja de condonar los incumplimientos parciales individuales, o minimizar su impacto al punto de juzgarlos implícitamente como intrascendentes, postura que desde luego está marcada por la contra evidencia, pues pasados 24 años, sólo se registra el deterioro del proyecto, entre otros motivos, por las invasiones de que ha sido víctima su área. Por lo demás, la viabilidad actual del proyecto no es asunto de mera opinión, ni acreditable mediante prueba testimonial, sino un supuesto técnico cuya prueba no está en el expediente, que si se admitiera la opinión de alguna de las partes sobre la salvación del proyecto, estaríamos repitiendo los errores cometidos en el año 1994 cuando sin una base técnica, se inició esta malhadada aventura, cuyos nefastos resultados actuales brillan por su elocuencia. Basta examinar el solo texto de los actos de demanda y de resistencia, sin acudir a prueba externa, que de todos modos existe en el expediente, para concluir la imposibilidad supervenida de lograr los fines que impulsaron la celebración.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Entonces, examinando el horizonte que las partes se trazaron para complementar sus economías y vertebrar recursos y esfuerzos, es posible el hallazgo de un estado de destrucción supervenida de los propósitos inspiradores del negocio jurídico. En esa tarea, teniendo claridad sobre la causa inductiva del contrato, metodológicamente puede juzgarse con mayor acierto, si las condiciones objetivas existentes en el año 1994 subsisten aún o si han cambiado. Pero no solamente el análisis debe dirigirse a examinar si las condiciones existentes al momento de celebración del contrato perduran, si no que la mirada debe ser más aguda y penetrante, para juzgar si las condiciones existentes en el punto de partida eran ideales, pues puede ser que el emprendimiento estuviese condenado al fracaso desde el propio umbral. El Tribunal tiene evidencia que, desde el propio *dies a quo*, el proyecto presentaba defectos estructurales que lo condenaban al fracaso como efectivamente ocurrió. Los dictámenes periciales practicados dan cuenta que los estudios previos fueron insuficientes, que la línea del base, los estimativos y las proyecciones no correspondían ab initio a un emprendimiento de la magnitud del proyecto Manzanillo del Mar.

Entonces los motivos detonantes de esa imposibilidad pueden ser como ya se vio antecedentes, concomitantes o sobrevinientes.

Como motivos antecedentes pueden tomarse todas aquellas circunstancias que *ex ante* inhiben desde la base la posibilidad de éxito del proyecto, así, un mal diagnóstico sobre el momento, la dimensión, el mercado, la solidez institucional o personal de los partícipes, el modelo de gerencia acogido, la forma inadecuada de complementar economías, todo lo cual puede dar lugar al fracaso del emprendimiento, frustración que no se manifiesta en el mismo momento pero cuyos defectos deletéreos aparecen como una tara de concepción que lleva inexorablemente a la derrota, como ya se explicó a espacio.

Pero puede suceder que haya una planeación idónea, con ponderados estudios previos de factibilidad, recursos óptimos y en general una excelente ingeniería económica y empresarial, que en este caso no existió como informan los peritos, lo que no obsta para que surjan en el desarrollo del proyecto imponderables que no se pueden superar, porque no se previeron mecanismos para salvar contingencias, es decir no se blindó el proyecto contra riesgos emergentes que lo llevaron a sucumbir ante las primera dificultades o entrar en franca parálisis.

Como ya se observó, nada descarta una imposibilidad sobreviniente debida a cambios estructurales el medio económico en el cual se desarrolla contrato, que hagan imposible su realización. Piénsese por ejemplo en una crisis cambiaria, una crisis ambiental, una alteración sensible del orden público o transformaciones radicales del mercado de tal magnitud que hagan imposible el desarrollo del contrato. Puede tratarse incluso de modificaciones del entorno o estructura legal o reglamentaria que impidan la realización del objeto de la fiducia.

No obstante, cuando los hechos del proceso revelan nítidamente una culpa contribuyente, que causalmente agravó la imposibilidad del objeto del contrato, no sería posible eludir la culpa, desplazando el fracaso hacia una causa puramente objetiva que encubra la atribución de responsabilidad, aunque no sea exclusiva sino concurrente. A pesar de ello, esa no es la situación del presente caso, donde las faltas colectivas dominan cualquier atisbo de culpa individual.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Para el Tribunal, en este caso el proyecto se precipitó a un brete insalvable como producto de la convergencia de patologías de planeación y fundamentalmente por defectos de estructuración del proyecto que le impidieron salvar los escollos y contingencias supervenidas.

Dicho sincopadamente, lo determinante de la frustración reside en este caso en la suma de transgresiones de todos los contratantes a las reglas del contrato, sin que este tuviera mecanismos coercitivos para, por ejemplo, forzar a los constituyentes a proveer los fondos.

Como ya ha quedado acreditado y será corroborado posteriormente al examinar las pretensiones propuestas en los distintos actos procesales, el incumplimiento de todos los contratantes es el común denominador a lo largo de 24 años de existencia del fideicomiso.

La mención del tiempo que lleva el estancamiento del proyecto no tiene un puro efecto retórico, si no que demuestra suficientemente el gran impacto del paso del tiempo en la imposibilidad absoluta de llevar a feliz término el emprendimiento. Como se aprecia en la cláusula séptima de la escritura número 5279 de 4 de agosto de 1994, la I ETAPA del proyecto debería durar tan sólo seis meses. Esa disposición puesta por las partes, muestra de manera inequívoca que era su propósito llevar adelante el proyecto de manera acelerada es decir ese término de seis meses indica el ritmo acelerado del proyecto tal como las partes lo concibieron.

Además de ello, en la misma cláusula se previó la duración de la ETAPA II, que igualmente tan sólo duraría seis meses, prorrogables por otros seis meses más. Y la duración el proyecto no era poca cosa pues las partes convinieron en esa misma cláusula séptima que si no se pasaba a la ETAPA III el proyecto quedaba en estado de liquidación. La brevedad de esos términos y la severidad de su transgresión, es claramente indicativa del ritmo que las partes quisieron imprimir al desarrollo del proyecto, situación que, deja sin explicación alguna que el estado de estancamiento del proyecto haya llegado a 24 años. Resulta apenas natural juzgar que la imposibilidad absoluta de llevar adelante el proyecto, es una realidad que derrota toda especulación y cálculo emocional, como el de algunos declarantes que melancólicamente afirman la posibilidad de que aquello que no ha ocurrido en 24 años ahora sí suceda, sin cambiar ninguna de las variables que aseguraron el fracaso. No sería una orden judicial apremiando a los contratantes el antídoto mágico para superar el estado de parálisis absoluta del proyecto. Las cosas hablan por sí solas, *res ipsa loquitur*, no son necesarias alambicadas elucubraciones para demostrar la imposibilidad absoluta actual de lograr los fines del contrato.

Parodiando la frase bíblica dirigida a los fariseos y escribas, aquel contratante que esté libre de pecado que formule la pretensión. Pues bien, a lo largo de este laudo quedará evidenciado el incumplimiento de todos los contratantes quienes sin duda fueron solidarios y eficaces contribuyentes en la construcción de un estado de cosas insuperable con los remedios ordinarios, para el cual la ley estableció claramente la posibilidad de disolver el contrato y poner fin ante el perjuicio que todos están recibiendo, pues una de las finalidades de la intervención del juez es proveer a la tutela jurisdiccional efectiva, prevista como principio fundamental consagrado en el artículo 2º del Código General del Proceso y a detener el daño, artículo 590, numeral 1, letra C.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

No se trata de un caso de imposibilidad absoluta por restricciones recaída sobre objeto, que podría suceder por ejemplo si por limitaciones legales los espacios no pudieron recibir desarrollos urbanísticos, o porque un hecho de la naturaleza impide el desarrollo. Se trata de reconocer efectos estructurales de concepción del negocio jurídico que impiden superar las contingencias propias de un emprendimiento de la magnitud del que las partes se propusieron. La prueba de ese defecto estructural reside justamente en el estancamiento insalvable en que ha permanecido el proyecto durante 24 años sin que haya operado la sola voluntad de los contratantes como elemento dinamizador que rompa el bloqueo.

Así, el representante legal de Aktani S.A. reconoció que el proyecto se encuentra estancado aproximadamente desde el año de 1999, desde que COMPAÑÍAS INTEGRADAS se fue, que el mismo no es ejecutable, ya que ninguna constructora puede comprometerse con 19 hectáreas en discusión.

Para la representante legal de Fedco S.A., el proyecto no se pudo desarrollar no por la espera del cambio de normas urbanísticas, sino por todos los problemas de posesión y por la turbiedad de los títulos.

Otras legislaciones no establecen la imposibilidad como causa de terminación del contrato de fiducia, cítese como ejemplo el artículo 1697 del reciente Código Civil unificado de Argentina que no contempla esta causal de extinción.

Por el contrario, el código de Comercio de Colombia desde 1971 en el artículo 1240, reconoció que la imposibilidad absoluta viene de la frustración irreversible del interés de quienes concurren a la formación del contrato de fiducia. Reconoce la ley colombiana que el objeto del contrato, puede ser imposible ab initio o disolverse y operar como una extinción sobreviniente del objeto por imposibilidad de lograrlo.

La función económica del contrato de fiducia, no sólo en general, sino como fue acordado entre las partes, supone la posibilidad de calcular un retorno de la inversión en el corto plazo lo cual se obtendría mediante la comercialización de los productos, es decir de las construcciones acabadas, pues los beneficios estaban subordinados a las ventas y a plazo muy cortos. Esa sola circunstancia muestra que es impensable un plazo superior a 20 años para desarrollar el proyecto. La imposibilidad viene además de la voluntad renuente de algunos de los contratantes, que hasta ahora no ha podido ser salvada por los instrumentos previstos en el contrato.

Retornando al juzgamiento de la conducta de las partes, es ostensible que en el presente caso no se revela necesariamente un culpable individual exclusivo, si no que el fracaso o imposibilidad provienen de la mala estructuración de la idea del negocio, y de la concurrencia de múltiples incumplimientos sobrevinientes de las partes, cuya fragmentación y colectivización impide la atribución causal determinante a sólo una de ellas. Así, han ocurrido múltiples acciones y omisiones colectivas en el contrato, las que crearon un estado de cosas que hoy hace imposible el logro de los fines del contrato, y que la ley califica como imposibilidad que conduce la terminación del negocio jurídico.

Puestas en esta dimensión las cosas, se repite deberán negarse las pretensiones subsidiarias propuestas por la demandante BEST LUCK S.A., y desde luego idéntica

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

suerte corren las pretensiones consecuenciales de estas, así como la “*pretensión complementaria*” íntimamente asociada al buen suceso de las pretensiones de la demanda.

No obstante, la pretensión relativa a la cesación del contrato por imposibilidad de lograr los fines del fideicomiso habrá de prosperar, pues por su naturaleza objetiva, ella puede ser planteada inclusive por el contratante incumplido, ya que no se trata de exigir de los demás contratantes su cumplimiento, ni de deducir consecuencias adversas a otro como contratante incumplido, pues en este caso, naturalmente que BEST LUCK S.A., que también renegó de sus deberes contractuales no podría exigir de los demás que los cumplan, ni extraer secuelas del incumplimiento ajeno, lo cual no descarta que ese contratante incumplido pueda reclamar la terminación del contrato por causas objetivas como el vencimiento del término o la imposibilidad absoluta de lograr los fines del fideicomiso, pues en este caso no es necesario que prospere imputación contra ningún otro contratante, ni alega desde su propia culpa exclusiva, sino de desatar una relación contractual sin futuro que no puede ser irredimible, pues no pueden existir obligaciones que perduren para siempre.

Los demandados CARLOS PÍO URIBE, AKTANI S.A., FEDCO S.A., E INVERSIONES EILAT S.A., resistieron a la pretensión de terminación del contrato por imposibilidad de desarrollar los fines del fideicomiso, argumentando simplemente que el convocante no explica “*cual es la causa de la imposibilidad ni en que momento surgió.*”

Para el Tribunal, en apego a la obligación de interpretar la demanda por parte del juzgador, es evidente que todas las circunstancias que rodearon el negocio a lo largo de más de veinte años, basadas por supuesto en los hechos demostrados en el proceso permiten inferir el obstáculo generado para culminar el emprendimiento, conforme se analizó en líneas anteriores, siendo ello suficiente para desechar las excepciones contra la terminación del contrato.

En suma, hay imposibilidad esencial para cumplir el objeto por las debilidades evidentes de planeación existentes desde el propio nacimiento, que impidieron superar los primeros escollos, esto es, la determinación de los predios que son la esencia de un proyecto urbanístico en que el aporte generaba sinergias fundamentales para el logro del objeto.

La imposibilidad es inaugural, por el momento en que se produce el aporte del terreno malsano de ARTURO PAREJA NÚÑEZ, defecto que nunca se pudo superar. La categoría de fideicomitente adherente y la sumatoria de predios que genera la sinergia por potenciar la densidad a partir del incremento de la extensión, debió ocurrir con ese aporte pero fracasó por una culpa colectiva de fideicomitentes constituyentes que tomaron la decisión y de quienes trajeron el aporte vicioso. Cuando se aportó el terreno de ARTURO PAREJA NÚÑEZ por iniciativa de los fideicomitentes constituyentes estos minaron gravemente el buen suceso del fideicomiso. Ese acto, de iniciativa de aquellos, aprobado por todos, alude a un problema de ocupación; cuando en realidad era un tema de doble titulación. Es entonces un obstáculo que afecta el dominio, no la posesión o la tenencia y de imposible superación en 6 meses, es más, nunca se superó.

De otro lado, los planos muestran que hay ruptura de la continuidad entre ellos, lo que rompe la posibilidad de obtener los beneficios de incremento de áreas, a cambio de aumento de densidad.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Puestas así las cosas, y ante la prosperidad de la pretensión de terminación del contrato de fiducia por imposibilidad de cumplir su objeto, debe en consecuencia, abrirse paso a la liquidación, el contrato, como se dijo antes, integra los tres actos jurídicos que para llevarlo a cabo se realizaron (escrituras públicas números 1862, 5279 y 6338), por así acordarse en la cláusula trigésima primera de la escritura 5279 del 4 de agosto de 1994:

“Terminado el contrato procederá la etapa de liquidación del fideicomiso, la cual tendrá la duración necesaria para ese fin, y se realizará de conformidad con los procedimientos establecidos en las siguientes cláusulas.”

Huelga aquí la necesidad de resaltar que BEST LUCK S.A. pidió como consecuencia de la prosperidad de la pretensión de terminación del contrato, la resolución del mismo (Primera consecencial de la primera subsidiaria y/o de la segunda subsidiaria) con las restituciones de rigor y registros pertinentes, petición que desde luego, no puede aceptarse por parte de este Tribunal, como quiera que, como se verá más adelante (ver punto 2.5.2, en el que se hace mención a un Laudo del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali y punto 3 de conclusiones donde se alude a sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia) los contratos de tracto sucesivo no se resuelven sino que se terminan, sin que ello, sea óbice para que por virtud del artículo 2º, en concordancia con el artículo 42 – 5 del Código General del Proceso, el Tribunal de Arbitraje, en aras de garantizar una tutela jurisdiccional efectiva a todos los interesados en este proceso, proceda a interpretar la demanda en ese punto en particular, entendiendo que lo que en el fondo se busca es que además de deshacer el negocio, se liquide el fideicomiso y de esa forma, dar solución por completo al asunto puesto en manos del Tribunal.

Desde luego la naturaleza de las cosas impone que como consecuencia de la terminación del contrato se disponga la liquidación en el sentido de restituir las cosas al estado en que ellas se hallaban en el momento en que se reconoce ocurrió el hecho obstativo y según el desarrollo del iter contractual. Se refiere el Tribunal a que, siguiendo las cláusulas del contrato sobre liquidación, es posible el hallazgo de las reglas globales queridas por las partes para el finiquito de sus relaciones. Es acudiendo a la hermenéutica de las reglas contractuales que el Tribunal encontrará los principios que deben gobernar ese cierre.

Igualmente, es útil como complemento, por tratarse de la prosperidad de una causal objetiva, desligada del criterio de imputación propio de los contratos de prestaciones recíprocas, tomar en cuenta que la pretensión de la demanda de reconvención formulada por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., con miras a la terminación del contrato de fiducia por adhesión al triunfo de la pretensión de BEST LUCK S.A.

2.3.5.2. PRETENSIÓN DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO FUNDADA EN EL VENCIMIENTO DEL TÉRMINO LEGAL

Como se recuerda, las reglas de este contrato fueron creadas en tres actos celebrados en el año 1994. En esas calendas, estaba vigente el numeral 3º del artículo 1230 del C. de Co. cuyo texto limitaba el tiempo, estaban entonces prohibidos: “3) Aquellos – fideicomisos- cuya duración sea mayor de veinte años. En caso de que exceda tal término, sólo será válido hasta dicho límite. Se exceptúan los fideicomisos constituidos en favor de incapaces y entidades de beneficencia pública o utilidad común.”

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Las partes en el contrato expresamente convinieron sujetar su querer a ese tiempo, es decir acogieron el término máximo de 20 años vigente para entonces. Esta regla vino a ser derogada tan solo por la Ley 1328 de 2009.

Desde otra arista complementaria, la Ley 153 de 1887, establece que *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.”*

Quiere decir lo anterior sin mayor esfuerzo que por doble partida operó la limitación de los 20 años, primero por la vigencia de la Ley engastada en el contrato, esto es, el numeral 3º del artículo 1230 del C.Co. y porque las partes recrearon expresamente querer poner fin al fideicomiso acudiendo al término legal vigente para entonces.

Significa lo anterior el advenimiento de una nueva causal autónoma de terminación del contrato, emergente de motivos distinto de la imposibilidad de realizar los fines del fideicomiso. Habiéndose agotado los 20 años en 2014, desde luego la relación negocial no puede seguir vigente, ni atadas las partes, *ab aeternum*, hasta que se consiga el objeto.

Prospera entonces esta pretensión de terminación del contrato, que, desde luego, da lugar a su finiquito.

Lo anterior no descarta resolver sobre las demás pretensiones planteadas por los otros demandantes, pues si hallase una culpa primera en uno de los contratantes, con la fuerza suficiente como detonante causal del estancamiento del contrato, habría lugar a declararla y deducir responsabilidad contra su autor, imputación que se impondría sobre el reclamo de terminación del contrato por causas objetivas como el agotamiento del término o la imposibilidad de lograr el objetivo propuesto por los contratantes cuando acordaron complementar sus economías, como se examinará más adelante.

2.4. INTERVENCIÓN LITISCONSORCIAL POR ACTIVA PROMOVIDA POR ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA

En el escrito visible en el folio 259, del cuaderno principal N° 2, el señor Antonio María Botero Asprilla adhirió a las pretensiones de la demanda propuesta por BEST LUCK S.A., básicamente porque acusa que ALIANZA FIDUCIARIA S.A. no cumplió el contrato de fiducia.

Igualmente imputa a los fideicomitentes constituyentes que incumplieron el contrato de fiducia. Como pretensiones consecuenciales solicitó el adherente Antonio María Botero Asprilla la restitución de las tierras por él aportadas, las demás devoluciones y las inscripciones en el registro que sean necesarias.

Subsidiariamente solicitó el adherente Antonio María Botero Asprilla que se declare la terminación del contrato como primera pretensión subsidiaria.

Reclamó Botero Asprilla como segunda pretensión subsidiaria, se declare que los fideicomitentes constituyentes ejecutaron conductas contrarias a la buena fe.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Como consecuencia del triunfo de las pretensiones subsidiarias, primera o segunda, solicita este adherente Antonio María Botero Asprilla se ordene la resolución del contrato de Fiducia para que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., restituya a la parte convocante, en su calidad de fideicomitente adherente, total o parcialmente las hectáreas que el adherente aportó al fideicomiso Manzanillo del mar, además que se hagan las otras restituciones procedentes y que se ordenen los registros respectivos.

El adherente solicita que las condenas monetarias vayan acompañadas de intereses moratorios capitalizados y la corrección monetaria. Solicita igualmente las costas del proceso.

Como ya se dijo, el día 22 de enero de 2015, Antonio María Botero Asprilla, quien deriva sus derechos de ARTURO PAREJA NÚÑEZ por medio de apoderado judicial presentó, solicitud para intervenir como litisconsorte de la parte convocante, petición inicial que fue posteriormente subsanada precisando que su intervención la dirige contra la totalidad de los convocados, amplitud en la que comprende desde luego a la firma ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

Para resolver adversamente las pretensiones de adherente ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA, basta con señalar que la suerte de la parte demandante Sociedad BEST LUCK S.A., se comunica inexorablemente al señor ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA y por tanto comparte destino adverso, en tanto deriva sus derechos del señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ, a quien se califica sin duda como contratante incumplido según ya quedó explicado a espacio, cuando se le achacó ser parte de la causa del estancamiento del negocio fiduciario, no sólo por haber aportado un inmueble que se convirtió en una rémora para el emprendimiento, sino por no haber cumplido con la tradición a la luz del artículo 922 del código de comercio, al haber incumplido con la entrega de la tenencia dentro del mes siguiente, y haber rehusado Pareja Núñez suscribir la escritura de devolución de una parte del inmueble vicioso, restitución con lo cual podría haberse depurado el fideicomiso y facilitado su desarrollo.

En suma, el fracaso de la parte demandante sociedad BEST LUCK S.A. tiene efecto deletéreo respecto de las aspiraciones del adherente ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA, quien no solo carece de una posición autónoma en el proceso, si no que por ser apéndice o desprendimiento ambos de ARTURO PAREJA NÚÑEZ y del demandante corre su misma suerte, por lo menos en la pretensión principal para que se declare el incumplimiento del contrato por culpa de la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

No sobra añadir que ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA, a pesar que reclama el incumplimiento de los demandados, en últimas a lo que aspira es a la devolución de las tierras por él aportadas, es decir reconoce la frustración de los fines del Fideicomiso, sólo que intenta obtener una indemnización que parte de los demandados a quienes imputa culpabilidad, pero soslayando su propia culpa.

2.5. DEMANDA DE RECONVENCIÓN INTERPUESTA POR FEDCO S.A., E INVERSIONES EILAT S.A.S., CONTRA ALIANZA FIDUCIARIA S.A., Y BEST LUCK S.A. [FOLIO 171 CDNO. 5]

Esta demanda de reconvencción fue admitida el 22 de agosto de 2016, mediante auto N° 40, contra BEST LUCK S.A., y se dispuso integrar el litisconsorcio por pasiva de esta

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

reconvencción con todas las partes del contrato. En el auto 41 se tuvo a ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como litisconsorte por pasiva de la demanda de reconvencción puesta por FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S.

Mediante auto N° 41 se involucró a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como demandada en la demanda de reconvencción contra BEST LUCK S.A., y como adhesivos a la misma demanda al señor CARLOS PÍO URIBE PALACIO y a la sociedad AKTANI S.A., lo que se hizo mediante auto de 28 de septiembre de 2017.

2.5.1. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LA TENENCIA

En el ítem 3 de esta demanda de reconvencción se hacen imputaciones contra ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por el asunto de la tenencia. En primer lugar, el Tribunal procederá entonces a desatar las imputaciones hechas contra la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., a quien se acusa en esta demanda por los problemas derivados de la tenencia de los inmuebles fideicomitidos. Sobre este particular, valga resaltar que una imputación concreta reside en que la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., no revocó la tenencia delegada a los propios fideicomitentes o a quienes ellos designaron, a pesar de las amenazas que se cernían sobre los predios.

Sea lo primero indicar que el asunto de la tenencia fue previsto en las cláusulas contractuales y nunca se convino que estuviera en manos de la Fiduciaria. Así como la forma de tenencia se convino mediante escritura pública, la variación de ese pacto debió observar idéntica forma y si bien puede demostrarse con otros medios, la exigencia de rigor en la valoración de las señales de cambio del sistema de tenencia es mayor.

Pero además de lo anterior, la tenencia de los predios está, según los dictados del contrato, en función de la construcción y desarrollo del proyecto, por consiguiente, despojar a los fideicomitentes de la tenencia no es asunto baladí que quedara a la simple discrecionalidad de la Sociedad Fiduciaria.

No se puede negar que en las escrituras públicas quedó consignada la posibilidad de que la Fiduciaria revocara la tenencia, pero hay poderosas razones para que no lo hubiera hecho, la primera de ellas, que la tenencia era instrumental al desarrollo del proyecto que por disposiciones contractuales debería ser ejercida naturalmente por el constructor. De ese modo se ejecutó el contrato, pues siempre quienes recibieron la tenencia lo hicieron en calidad de constructores. Se refiere el Tribunal a que Compañías integradas S.A., PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR, Construcciones e Innovaciones Urbanas, M & Construcciones S.C.S., Habitech S.A., y los sucedáneos de estos, tenían todas, la vocación de ser los constructores por la decisión colectiva de los fideicomitentes.

Pero si la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., hubiera ejercido su prerrogativa de revocar la tenencia, su decisión habría entrado en colisión con las órdenes emitidas por los fideicomitentes sobre entregas sucesivas de la tenencia a quienes ellos seleccionaron como constructores y desarrolladores del proyecto, como dan cuenta distintas actas del fideicomiso y abundante prueba testimonial.

De otro lado, nada garantiza que si la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., hubiera ejercido el derecho a revocar la tenencia reservada por los propios Fideicomitentes o a quienes ellos indicaron, se habrían subsanado todos los problemas que llevaron al

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

estancamiento del proyecto, originados en la precaria gerencia por parte de los Fideicomitentes y en la ausencia de flujo de fondos, que ni siquiera los había para gestionar la devolución de las tierras al señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ, pagos de impuestos y otros rubros, como quedó evidenciado en las quejas sucesivas que recoge la prueba documental y en las versiones de los declarantes, además de los problemas con los terrenos aportados por ARTURO PAREJA NÚÑEZ.

Si la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., hubiera revocado la tenencia, con certeza no se habrían superado las dificultades estructurales que condujeron a la parálisis del proyecto, y con toda seguridad, la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., habría comprometido su responsabilidad, pues al despojar a los constructores de la tenencia, ahí sí habría interferido en el desarrollo del proceso constructivo y agravado sus males.

Los Fideicomitentes ejercieron revocatorias sucesivas de la tenencia, porque consideraron de ese modo que la continuidad propiciaba un mejor desarrollo del proyecto, ellos, los Fideicomitentes escogían el constructor y a éste le entregaban la tenencia, y así lo ordenaban a la Fiduciaria, de ese modo ejecutaron el contrato en sucesivos actos, realización material, que llena de sentido la disposición contractual, si alguna penumbra amenazara la voluntad nítida de las partes, vertida en el texto y ejecutada en la experiencia cotidiana a lo largo de 20 años. Por lo mismo, no podía la Fiduciaria ir en contravía de los planes y propósitos de los Fideicomitentes, quienes estaban en mejor condición de juzgar la conveniencia en el ejercicio de la tenencia. Y si todos los Fideicomitentes colectivamente se equivocaron una y otra vez y de manera grave en la selección del constructor, ello es una muestra más de la imposibilidad de quebrar la debilidad estructural del proyecto, que, sumada a los incumplimientos de constituyentes y adherentes, que llevó a la frustración y estancamiento y que no permiten vaticinar un cambio de rumbo bajo las mismas condiciones que propiciaron ese estancamiento.

Por lo demás, hay una contradicción en la imputación que se hace en contra de la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., porque en un momento se le adjudica el reproche severo por no haber revocado la tenencia, y, por otro lado, se le imputa que la ejercía y que bajo ese ejercicio los bienes sufrieron afectaciones.

En verdad, las barreras insalvables al buen éxito del proyecto, las que impidieron su desarrollo durante más de 20 años de frustración no dependen de que la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., se hubiera abstenido de ejercer el derecho a revocar la tenencia delegada a quien los Fideicomitentes indicaron en ejercicio de su soberana voluntad contractual.

Pero si lo anterior no fuese bastante, tómese en cuenta que el señor CARLOS PÍO URIBE PALACIO, demandante en reconvención, en su declaración vertida ante el Tribunal informó que no era cierto lo de las invasiones a los predios, salvo el asunto que atendió la doctora Irma Escamilla, si no que se trataba de ocupaciones estacionales con ganado y aún provisionales construcciones no habitables regularmente en tanto el uso del suelo en esa parte depende del régimen de lluvias y la anegación de los predios.

No hay duda tampoco que los distintos constructores, tenedores designados por los fideicomitentes podían y debían ejercer todos los actos judiciales tendientes a proteger su tenencia contra los actos de terceros, sin la necesaria contribución de la Fiduciaria, pues

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

hay todo un instrumental de remedios jurídicos de orden policivo y jurisdiccional para defender la tenencia y la integridad de los bienes.

A lo anterior se agrega que no está demostrado en el proceso que la ausencia de ejercicio del derecho a revocar la tenencia, haya sido la causa de pérdida de alguno de los bienes que integran el fideicomiso, es decir, no hay prueba de la relación de causalidad, ni del valor del bien perdido o afectado por la supuesta omisión de la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., de no revocar la tenencia otorgada a quienes los Fideicomitentes indicaron.

La fuente de interpretación de aquello que los contratantes quisieron, debe buscarse primero en el interior del contrato y en su desarrollo, allí, de manera repetitiva y con rasgos protuberantes, se dispuso que la tenencia debería ser ejercida por los distintos constructores elegidos por los Fideicomitentes. En ejecución de esta disposición contractual, los fideicomitentes en una seguidilla de actos perseveraron en la grave equivocación de ejecutar la disposición habilitando sucesivamente a varios de los constructores como tenedores, ninguno de los cuales cumplió su función. Entonces, la consulta del contrato y la forma en que las partes lo ejecutaron, muestra que no hay razón alguna para extender la búsqueda fuera del contrato mismo y de la manera como las partes cumplieron con la previsión contractual acerca de la tenencia, instrumental, como se dijo, a la construcción, y por tanto extraña como parte de los deberes de la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

No hay la tal ambigüedad de la cláusula sobre la tenencia y si la hubiera, quedó disipada con los distintos actos de los Fideicomitentes habilitando ellos mismos a quien la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., debía entregar la tenencia en función de desarrollar la construcción del proyecto. Pero si dudas quedaran, hay en el proceso claras expresiones de la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., rechazando la tenencia de los bienes, comportamiento transparente expresado reiteradamente a los Fideicomitentes, quienes no podían llamarse a engaño sobre que la Fiduciaria rehusaba la tenencia. La Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., obró como un profesional al respetar la voluntad de los Fideicomitentes a quienes reconoció que estaban ellos en mejor posición de tomar las decisiones acerca de la tenencia, asociada a la construcción, como en efecto lo hicieron, para dar curso a las acciones tendientes a desarrollar la construcción, actividad esta ajena a la profesionalidad de la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

Sobre la imputación que se hace en la demanda de reconvenición propuesta por ATKANI S.A., y CARLOS PÍO URIBE PALACIO, en que se endilga no haber gestionado una restitución de los bienes viciosos entregados por ARTURO PAREJA NÚÑEZ, es claro que en el proceso aparece prueba de que la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., prestó su concurso para esa restitución, que inclusive fue intentada con el cesionario BEST LUCK S.A., y de que los accidentes de esa depuración de los bienes aportados al fideicomiso, no ocurrieron por la escasa diligencia de los fideicomitentes quienes, debían prestar los recursos y ejercer las acciones para levantar planos, pagar impuestos, hacer desenglobes y en general todas las acciones necesarias para devolver los predios al señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ, además de vencer la obstinación de este en no recibirlos.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

2.5.2. EXPEDICIÓN INEXACTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS

En el ítem 4º de la demanda de reconvención reprochan los demandantes a la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por no haber dado un adecuado manejo a la expedición de certificados fiduciarios, en tanto en la operación realizada con ARTURO PAREJA NÚÑEZ hubo un exceso pues fueron expedidos más certificados que las tierras efectivamente aportadas por este y tales yerros se repitieron en otros casos.

Para el Tribunal, la correspondencia entre el área y los certificados, determina que la identidad de los predios aportados por los fideicomitentes constituyentes y adherentes estuviesen plenamente identificados. A este propósito el Parágrafo II de la cláusula Tercera de la escritura 1862 de 1994, prevé que era deber de los constituyentes de *“en todo caso, antes del inicio de la etapa III a que se refiere la cláusula segunda de este contrato, la fiduciaria debe haber recibido a satisfacción el estudio de los títulos de los inmuebles transferidos.”* Esta obligación no aparece cumplida en el expediente.

Para el Tribunal, es cierto, como ha reconocido la Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., que hubo errores en la expedición de certificados. No obstante, también es verdad que ese hecho, aunque no pasa desapercibido como incumplimiento, no es constitutivo por sí de un incumplimiento grave que haya causado por sí solo la quiebra de los propósitos perseguidos con el negocio fiduciario. Los certificados fiduciarios no tienen un valor determinado no equivalen a dinero. En los términos del artículo segundo de la Ley 964 de 2005 los certificados fiduciarios carecen de un valor determinado.

Según el Consejo de Estado *“Por la celebración del contrato de fiducia, el fideicomitente adquiere derechos fiduciarios que son bienes inmateriales que representan la participación de éste en el patrimonio autónomo”*³⁵.

En la contabilidad, los derechos fiduciarios se registran en el activo (1), en el grupo de inversiones (12) y en la cuenta 1245 – derechos fiduciarios que, según el PUC para comerciantes, tiene la siguiente descripción:

“Registra el valor de los bienes entregados con el propósito de cumplir una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero en calidad de fideicomiso de inversión”.

*Así, los derechos fiduciarios son bienes intangibles que forman parte del patrimonio del contribuyente y el hecho de que figuren en la contabilidad no significa que el fideicomitente haya percibido algún ingreso asociado al fideicomiso.”*³⁶

En el derecho colombiano, los certificados fiduciarios no tienen definida su naturaleza jurídica según concepto de la superintendencia Financiera N° 96041669 de 6 de febrero

³⁵ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 115007389 de 2010. *“De la celebración del contrato de fiducia surgen a la vida jurídica los derechos fiduciarios, los cuales, al menos en principio, le corresponderán al fideicomitente. Tales derechos no son otra cosa que aquellos que le corresponden al fideicomitente con relación al patrimonio autónomo, derechos que tienen la característica de ser bienes inmateriales”.*

³⁶ Sentencia el Consejo de Estado del de 14 de mayo de 2014, Consejera ponente Dra. Marta Teresa Briceño de Valencia, rad 05001 23 31 000 2005 07797 01 [19698]

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

de 1997, de modo que el riesgo mismo es inherente a esos papeles cuyo valor pasa a depender de las incertidumbres del desarrollo del negocio fiduciario, de modo que los eventuales yerros cometidos por la Sociedad Fiduciaria, carecen de la fuerza para aniquilar el negocio y hacerla responsable del fracaso, cuando otras causas de igual o mayor envergadura y fuerza, incidieron de modo concurrente en el estado de cosas que muestra un estancamiento sin salida del emprendimiento. Se trata entonces de un incumplimiento más, si se toma en cuenta que dicho error no incidió de modo exclusivo en el resultado adverso al desenvolvimiento del contrato.

Además de lo anterior, los errores de cálculo acerca de las áreas y su correspondencia con los certificados pudo y puede ser corregido tal como lo dispuso la junta de Fideicomitentes, lo cual pudo ejecutarse en su momento o a la liquidación del contrato, momento en el cuál a manera de ejemplo, se liquidaría el 7 % de las ventas como derecho de los fideicomitentes adherentes a participar en los beneficios.

Desde otra arista, no está acreditado cuál fue el daño que esta conducta concreta de la sociedad fiduciaria causó a los demandantes con la expedición irregular de certificados. Un aporte estelar del derecho civil enseña que sin daño no hay responsabilidad, como lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia:

“Por todo ello cabe afirmar qué dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria. Sent. C.S.J. 4 de abril de 1968. M.P. FERNANDO HINESTROSA FORERO”.

No basta, entonces, a un demandante con denunciar pequeñas faltas contractuales cometidas por su antagonista, sino que es menester acreditar la manera en que esas conductas fueron determinantes en la constitución de un daño a su patrimonio, prueba ausente el procedimiento que discurre bajo la competencia de este Tribunal.

En este punto, conviene, para mayor claridad, traer a colación un pronunciamiento arbitral en el que se extrae una doctrina del Dr. Fernando Hinestrosa, que deja en claro que el incumplimiento invocado debe ser grave para tener la entidad de resolver un contrato, esto dijo el Tribunal:

““La resolución del contrato puede implicar a veces ineficiencias y distorsiones. Incluso se puede prestar a maniobras de distorsión”. Por ello es que, dígame en forma positiva que para la resolución, igual que para la excepción de contrato no cumplido, el incumplimiento del contratante demandado ha de ser grave, de trascendencia, o exprésese en forma negativa, que “el contrato no se puede resolver por un incumplimiento de escasa importancia”, como lo hace el art. 1455 del código civil, los principios de la buena fe y de salvación del contrato imponen consideración y continencia, de modo que aquel no se pueda disolver sino por motivo fundado y de consistencia y trascendencia, habida cuenta de las circunstancias y del propio interés de la víctima.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

(...)

Este planteamiento deja en claro, que no cualquier incumplimiento tiene la entidad para poder terminar un contrato, en virtud a que, como es sabido, los contratos se celebran para cumplirse y ante ello, el actuar de las partes debe enfocarse a consumir ese objetivo, de donde surge el principio de salvación del contrato, razón por la cual, solo aquellos comportamientos de los obligados en el acuerdo de voluntades que puedan calificarse como graves, o dicho de otra forma, solo en caso de incumplimiento grave de una obligación esencial, es que puede resolverse el contrato, o en su caso, plantearse la excepción de contrato no cumplido y en nuestro caso, dado que por tratarse de un contrato de tracto sucesivo no es posible hablar de resolución sino de terminación, sin duda podemos aplicar el mismo análisis desplegado en las sentencias citadas, de tal manera que el no haber entregado la póliza al contratante no puede ser considerado como un verdadero incumplimiento”. (Laudo del 26 de octubre de 2017. Tribunal de arbitraje de Solutions Of Management Of Information E.U. (Smi Technologies) vs. Nexura Internacional S.A.S. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali).

Sobre el incumplimiento y la exigencia de gravedad como premisa de la resolución existen las previsiones tomadas en los Principios Del Derecho Europeo de los Contratos, los cuales descartan que el incumplimiento de obligaciones “secundarias” pueda dar lugar a la resolución, en el mismo sentido, las previsiones del Instituto Internacional Para La Unificación del derecho privado [UNIDROIT] que el año 2004 consagró en el artículo 7.3.1. que “una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial.” En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pueden consultarse los fallos del 26 de abril de 1952, 28 de abril de 1987, 15 de marzo de 1990, 28 de marzo de 1995, 19 de agosto de 1995, 7 de marzo de 1997, 19 de octubre de 1999, 7 de marzo de 2000, 22 de octubre de 2003, 7 de noviembre de 2003, 22 de octubre de 2003, 14 de enero de 2005. Estos fallos aparecen resumidos en el texto “Levedad del incumplimiento contractual y otros ensayos” [Villamil Portilla Edgardo, Edit. Panamericana, 2016, Págs. 83 y s.s.]

De otro lado, se recrimina a la Sociedad Fiduciaria por haber trasgredido los deberes de buena fe, solidaridad contractual y cooperación, en tanto que la Fiduciaria ALIANZA S.A., se negó a ejercer la tenencia de los inmuebles fideicomitidos. En otro aparte de esta sección ya se explicó a espacio que la tenencia de los inmuebles estaba indisociablemente atada al desarrollo de la construcción y que, por tanto, la naturaleza del negocio implicaba que la tenencia de la tierra la tuviera el constructor. Así lo entendieron los Fideicomitentes que de manera sucesiva encargaron a distintos constructores potenciales, es decir, pusieron los bienes bajo la esfera de custodia inmediata de los constructores, decisión colectiva cuyos efectos adversos no pueden trasladarse a la sociedad fiduciaria. Entonces, aquello que los demandantes en reconvención AKTANI S.A., y CARLOS PÍO URIBE PALACIO llaman, falta del deber de cooperación no es tal. El propio CARLOS PÍO URIBE PALACIO como representante legal de la sociedad PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR y como Constituyente del Fideicomiso, tiene plena conciencia que la tenencia de los predios es funcional al desarrollo de la construcción.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Por lo anterior, lo que la demanda de reconvencción llama falta al deber de cooperación, se hubiera convertido en obstrucción, si la Fiduciaria ALIANZA S.A. hubiera tomado para sí la tenencia, pasando por encima de claras directrices trazadas por la junta del fideicomiso en decisión colectiva, cuyas secuelas adversas deben afrontar todos. El deber de cooperación que los demandantes en reconvencción echan de menos, no es otra cosa que una queja tardía porque la sociedad Fiduciaria no entró en colisión con los fideicomitentes, que en más de una ocasión dispusieron en coro y en actos formales, que la tenencia fuera entregada a distintos constructores. Y si éstos resultaron fallidos, esta es una culpa colectiva de quien los eligió, esto es, de los Fideicomitentes que con esa conducta contribuyeron a la pérdida irreversible de interés de los demás contratantes, que de uno u otro modo reclaman la restitución de sus aportes, pero más interesados en hallar culpables embozando sus propias culpas.

Por lo demás, el requerimiento a la Sociedad Fiduciaria para que ejerciera la tenencia de manera directa, fue un recurso tardío desesperado cuando los fideicomitentes fracasaron en la tarea de lograr que los constructores por ellos seleccionados cumplieran su laborío, entre otras cosas, por la falta de provisión de recursos por parte de los Fideicomitentes, manifestaciones todas expresivas de la imposibilidad de lograr los fines del contrato, emergentes antaño y no superadas sino cada vez más deterioradas.

Tampoco hubo violación del deber de cooperación por parte de la Sociedad Fiduciaria pues, aunque sin duda pudo ser mejor su papel y merece muchos reproches, prestó su concurso para la restitución de los predios del señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ. Las instrucciones impartidas a ese propósito por los Fideicomitentes concernían a brindar el consentimiento y a facilitar la restitución para destrabar el desarrollo del proyecto. No obstante, no hay ninguna disposición que impusiera a la Sociedad Fiduciaria la elaboración de planos ni desenglobes, ni la acreditación del pago de impuestos, obtener la licencia de desenglobe. Los demandantes en reconvencción, tratan de deducir responsabilidad contra la Sociedad Fiduciaria a partir de la existencia de fondos en cuantía superior a 163 millones de pesos, con los cuales, en su opinión, se podría proveer a los gastos que exigía la restitución. No obstante, dejan de considerar estos demandantes que nunca se produjo una autorización para que la sociedad Fiduciaria hiciera esos gastos, ni que era suficiente esa cantidad cuando la deuda por impuestos la superaba sensiblemente, tampoco hubo instrucción para que ejecutara esa tarea, por el contrario, hay delegaciones producidas en la Junta para que CARLOS PÍO URIBE PALACIO cumpliera esas gestiones a ejecutarse en la ciudad de Cartagena como efectivamente realizó algunas de ellas que chocaron con la obstinación de ARTURO PAREJA NÚÑEZ al negarse a suscribir la escritura a pesar de las distintas modificaciones y ajustes que se hicieron a la minuta. Por lo demás, la suscripción de la escritura de reversión del aporte a Pareja no zanja el problema de doble titulación o por lo menos ello no está demostrado en el expediente, y solo se probaría con el desenglobe y demás actos administrativos para producir lo que en este fallo se ha llamado la depuración del bien vicioso de Pareja. Al día de hoy se ignora sobre la eficacia de la orden de depuración mediante reversión parcial del aporte.

Los demandantes en reconvencción AKTANI S.A., y CARLOS PÍO URIBE PALACIO, en su demanda imputan a la sociedad fiduciaria la trasgresión del deber de información, por no haber cumplido rigurosamente con la periodicidad en la rendición de cuentas, ni haber respondido cabalmente todos los derechos de petición, lo que concitó inclusive la intervención del juez constitucional en una acción de tutela propuesta contra la Sociedad

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

Fiduciaria. La misma queja de ausencia de debida información nutre la demanda de Fedco e inversiones Eilat S.A.S., ítem 7. A ello suman estos demandantes en reconvención la denuncia por violación del principio de confianza legítima que atribuyen al estado creado entre los fideicomitentes, habida consideración de carácter profesional de la Sociedad Fiduciaria. Igualmente, se reprocha a Fiduciaria ALIANZA S.A. no haber pedido instrucciones a la Superintendencia para desbrozar las dudas que habilitaran el progreso de los fines del negocio jurídico. Añaden los demandantes en reconvención la queja por que la Fiduciaria, dicen, no respetó la palabra empeñada y fue de ese modo infiel a los actos propios, resaltando que la buena fe es el horizonte inspirador de todas las acciones contractuales y que ese parámetro ético debió gobernar la conducta de la Fiduciaria.

Toda esta amalgama encorsetada de doctrina sobre los deberes contractuales, carece del encadenamiento causal con la frustración de los fines del contrato, pues si esa desatención de algunos deberes contractuales, no hubiera tenido lugar, el grave anquilosamiento del contrato sería el mismo. La resolución del contrato no puede venir fundada en los motivos endilgados a la Fiduciaria que son por sí insuficientes para producir la quiebra del contrato, lo que se corrobora porque la protesta por la ausencia del deber de información sólo vino a expresarse tardíamente, pues en las diversas actas de la junta del fideicomiso no hay una clara manifestación de reproche por esa carencia de información y por el contrario, sí aparecen otros motivos como la verdadera causa de la parálisis. De mayor gravedad y peso es, por ejemplo, el incumplimiento del Fideicomitente adherente ARTURO PAREJA NÚÑEZ, quien aportó al fideicomiso un bien tóxico y no prestó su concurso para depurar el patrimonio del fideicomiso, incumplimiento que se comunica a todos sus cesionarios y a quienes colectivamente tomaron la decisión de invitarlo a hacer el aporte. Igualmente es evidente que la obstrucción contractual tiene otras fuentes como las fallas de concepción, la falta de gerencia y administración que en su momento llevaron a la sociedad Fiduciaria a pedir su retiro del negocio. La concepción de negocio y su ejecución son asunto que concierne a los Fideicomitentes, y en ellos reside la causa de que después de 24 años, no se hubiera podido superar siquiera la tercera etapa del proyecto, etapa a la cual se llegó de manera arbitraria por las decisiones colectivas, estancamiento originado en motivos muy distintos de las quejas que se endilgan a la Fiduciaria sobre las deficiencias del deber de información, respeto del acto propio, deberes de cooperación, confianza legítima, buena fe y toda una exuberante mención de conceptos jurídicos indeterminados y totalmente descoyuntados de las demás causas de la parálisis contractual a la cual se llegó. En lo que concierne al capítulo de la buena fe, esta prodiga su amparo a la sociedad Fiduciaria pues no hay ninguna acreditación de que ella hubiera procedido de mala fe.

La misma salvaguarda cubre a la reconvenida BEST LUCK S.A., pues la imputación de mala fe no puede provenir del hecho de exigir la terminación del contrato de fiducia, pues el uso de las herramientas constitucionales que permiten el acceso a la justicia, esto es, pedir judicialmente el fin del fideicomiso, no puede calificarse como mala fe, criterio ese expresado por los demandantes en reconvención en el ítem 5 de la demanda.

Igualmente, que la sociedad Fiduciaria haya sido exonerada convencionalmente de toda responsabilidad por parte de uno de los miembros de esta comunidad contractual, es fruto de la libertad de negociación y de la autonomía de la voluntad, y no puede erigirse en un atentado contra la buena fe como entienden equivocadamente los demandantes en reconvención, ni de ahí puede deducirse dolo, ni la actitud positiva de causar daño a

**TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS
ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO
URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ**

otros, menos resulta constitutivo de condonación del dolo futuro, ni una cláusula abusiva que merezca reproche.

De la misma manera, en la demanda de mutua petición, se esgrime que hubo violación de obligaciones de resultado, como mantener la debida separación de los bienes del patrimonio autónomo, de los bienes de la sociedad fiduciaria. De la trasgresión de este deber contractual no hay prueba en el expediente, y si alguna duda hubiese, no hay la menor demostración del daño causado por esa conducta, pues lo cierto es que los distintos bienes aportados continúan hoy integrando el patrimonio autónomo y a disposición del mismo, a pesar de eventuales inexactitudes en los registros irrelevantes por sí solas para desatar una declaración de incumplimiento propiciada a su vez por contratantes incumplidos.

Sobre el desconocimiento de la obligación de rendir cuentas de manera periódica y permanente, no hay la demostración de que el cumplimiento imperfecto de esa obligación hubiere causado el estado de estancamiento del proyecto, y menos que haya originado un daño a los demandantes en la demanda de mutua petición. La ausencia parcial de informes carece de la fuerza para justificar la terminación del contrato por esta causa, o generar indemnización, pues no se trata de una veda total de información, sino de intermitencias en la atención de este deber, desajustes que no son, ni remotamente la causa detonante de la parálisis contractual a que se llegó, ni generadores de daño específico a los demandantes en reconvención que aparezca claramente descrito en la demanda y acreditada su existencia y magnitud económica en el proceso.

Sobre las pretensiones formuladas en la demanda de mutua petición, a juicio del Tribunal no hay ninguna relación de causalidad entre los incumplimientos denunciados y los perjuicios constituidos por el lucro cesante y el daño emergente, pues si la Fiduciaria ALIANZA hubiera cumplido con toda estrictez los deberes contractuales aludidos en la demanda de mutua petición, con su conducta no hubiera garantizado las expectativas de ganancia esperadas por los demandantes en mutua petición, menos si hay un elenco de causas contribuyentes al estancamiento del negocio fiduciario, provenientes de la comunidad formada por los fideicomitentes de las distintas especies y por las decisiones colectivas que ellos tomaron .

No se accederá entonces a la primera pretensión principal pues no está acreditado que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., hubiera incumplido el contrato en grado de intensidad tal que por sí sola fuera suficiente para fundar una declaración como la pedida, sin desconocer que su conducta contractual no estuvo apegada estrictamente a sus deberes, pero hubo otros elementos convergentes, esos sí de la envergadura suficiente para originar el estancamiento del contrato, entre ellos, las faltas atribuibles a los propios demandantes. Por lo mismo, se desecha la primera pretensión consecuencial, relativa al cumplimiento del contrato de fiducia, pues las acciones que se piden en esta pretensión, implican un juzgamiento sobre la viabilidad del contrato sin prueba técnica que haya demostrado que el desarrollo del proyecto es ahora posible con la sola intervención el juez para remover los obstáculos que hasta ahora han causado su parálisis. En suma, no se han demostrado los incumplimientos atribuidos fundamentalmente a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y periféricamente a las demás demandadas en reconvención, que no comparten el criterio de imputación con aquella, pues las otras demandadas en reconvención no tenían, por ejemplo, el deber de información.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

En lo que concierne a la segunda y tercera pretensiones consecuenciales de la primera principal, relativa a la condena al pago de perjuicios por la suma de \$1.807.143.721 por daño emergente y \$8.500.000.000 por lucro cesante, el Tribunal deberá desecharla pues aún dando por sentado que algunos de los incumplimientos denunciados en la demanda de mutua petición sí los hubo, aunque en menor intensidad, tales desajustes en tan largo período de conexión contractual por sí solos, por su levedad y muy tenue correspondencia causal, carecen de trascendencia para constituir el daño, sin perjuicio de que sumados a los incumplimientos de otros constituyan la quiebra del contrato. Se insiste en que entre esos incumplimientos y la frustración del negocio jurídico no hay incidencia causal.

Por las mismas razones, dilución del encadenamiento causal, deberán desecharse las demás pretensiones puestas en la demanda de reconvención, sin que sea necesario examinar las excepciones propuestas por la parte demandada, pues ante la ausencia de varios de los elementos constituyentes de la responsabilidad, y el fracaso de las pretensiones no es preciso examinar las excepciones propuestas.

Deberá igualmente desdeñarse la segunda pretensión principal, pues no fue demostrado en el curso de la investigación que haya existido culpa grave en la conducta de la parte demandada en reconvención, esto es, en ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por lo demás, como se ha insistido hasta fatigar, hay un considerable volumen de otros factores incidentes en la parálisis del contrato de fiducia, distintas a las atribuidas a la demandada ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

En lo que concierne a la pretensión tercera principal y sus consecuenciales, el acuerdo de indemnidad que estableció una salvaguarda a favor de la demandada Sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., es una cláusula de un contrato amparada por el principio de relatividad de los contratos, expresión de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, que excluyen toda posibilidad de enjuiciamiento a petición de terceros ajenos al Contrato, a menos que en escenario distinto al contrato de fiducia se alegar el abuso del derecho, por ejemplo.

Por las mismas razones expuestas anteriormente, fracasa la primera de las pretensiones subsidiarias, en la que se solicita ordenar la entidad fiduciaria cumplir el contrato, sin tomar en cuenta que su sola voluntad es y ha sido insuficiente para el buen suceso del programa contractual que se ha visto frustrado por otras causas, en las que el proceder de la entidad Fiduciaria fue apenas tenuemente contribuyente. No hay además ningún elemento técnico, estudio de factibilidad, previsiones económicas, estudio de mercado, entorno normativo, clima de inversiones, análisis de oferta y demanda, estudios del ciclo de la economía que permitan vaticinar que aquel contrato que no se desarrolló durante más de 20 años, ahora sí, por el conjuro de la decisión judicial va a tener feliz realización.

Se desestiman entonces la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvención intentada por FEDCO S.A., INVERSIONES EILAT S.A.S., ATKANI S.A., Y CARLOS PÍO URIBE PALACIO, contra ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

No es menester la decisión de las excepciones propuestas, pues si el derecho reclamado no alcanzó el estado de existencia, no es posible reclamar el triunfo de una excepción. A juicio de la Corte:

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

“Lo anterior aflora nítido si se tiene en cuenta, conforme a principios elementales de derecho probatorio, que dentro del concepto genérico de defensa el demandado puede formular excepciones de fondo, que no consisten simplemente en negar los hechos afirmados por el actor, sino en la invocación de otros supuestos de hecho impeditivos o extintivos del derecho reclamado por el demandante; de suerte que al ejercer este medio de defensa surge diáfano que el primero expone un hecho nuevo tendiente a extinguir o impedir los efectos jurídicos que persigue este último, enervando la pretensión.

En torno a este preciso punto, la Corte ha señalado:

“La defensa en sentido estricto estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. Y la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos jurídicos del primero y por lo mismo, la acción. (...) De consiguiente, la excepción perentoria, cualquiera que sea su naturaleza, representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción” (Sentencias de Casación Civil de 31 de julio de 1945, G.J. t. LX pág. 406; 9 de abril de 1969, G.J. t. CXXX pág. 16, y 25 de enero de 2008, entre otras).

En otra ocasión la Corte definió el concepto subsidiario de la excepción, “[l]a excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

“A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor”³⁷.

2.6. DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. CONTRA FEDCO S.A., AKTANI S.A., INVERSIONES ELILAT S.A.S Y CARLOS PÍO URIBE PALACIOS-. [Folio 480 Cuaderno. N° 5, presentada 31 de octubre de 2016, admitida por auto N° 45 de 15 de noviembre de 2016, folio 522, Cuaderno. N° 5].

Según el hecho 10º de la demanda de reconvencción puesta por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., tanto tiempo después, más de 20 años, aún no se ha dado inicio a la etapa de construcción, por graves omisiones y extrema pasividad de los demandados en reconvencción [hecho 11], en poder de ellos se han afectado los bienes confiados en el desarrollo del proyecto constructivo [hecho 12], no ha existido el flujo de recursos prometidos por los fideicomitentes [hecho 13] para mantener la dinámica del objeto del

³⁷ CSJ. Civil. Sentencia 109 de 11 de junio de 2001, expediente 6343, reiterando G.J. XLVI-623 y XCI-830.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

contrato, todo lo anterior ha hecho nacer graves diferencias entre los contratantes [hecho 14], la Fiduciaria ALIANZA, no tiene un papel de ejecutor, ni de constructor, ni de gerente del proyecto. [hecho 15]

De los anteriores hechos la Fiduciaria ALIANZA destila las siguientes pretensiones:

Primera pretensión: FEDCO S.A., ATKANI S.A., INVERSIONES ELILAT S.A.S., Y CARLOS PÍO URIBE PALACIO incumplieron el contrato previsto en las escrituras 1862, 5279 y 6338.

Segunda pretensión: Se declare terminado el contrato aludido en antes.

Tercera pretensión: Se liquide el contrato debatido en este proceso.

Pretensión subsidiaria de la Tercera principal: Que se imparta a ALIANZA FIDUCIARIA S.A. la orden e instrucciones para la liquidación.

Sea pertinente reiterar que la posición de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. no es la de simple vocero del patrimonio autónomo Manzanillo del mar, pues hace mucho tiempo que está comprometida su responsabilidad personal por el que se acusa es un indebido manejo de sus deberes contractuales. No se trata entonces de una controversia externa al contrato de Fiducia que dio lugar al nacimiento del patrimonio autónomo Manzanillo del mar, sino de una controversia interna entre quienes celebraron el contrato de fiducia, en la que se achaca que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., incumplió sus deberes como fiduciario y que como tal es responsable.

No puede negarse que los hechos que el demandante en reconvención ALIANZA FIDUCIARIA S.A., atribuye a sus demandados son en principio ciertos. No obstante, surgen dos consideraciones, entre otras, que inhiben el progreso de las pretensiones puestas por ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

El primer valladar que obstruye la prosperidad de las pretensiones, es que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., es también contratante incumplido. Se han acreditado a lo largo de este proceso arbitral una serie de incumplimientos de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., que son significativos en grado difícil de precisar, pues no hay elementos conceptualmente incuestionables para juzgar su incidencia en el resultado contractual adverso. Es evidente que el estado de cosas que ofrece el contrato el día de hoy, es el efecto de la convergencia de un importante número de variables que concurren a la producción del resultado. Y justamente la conducta contractual de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., tiene un peso específico de no poca importancia. El desacato a las obligaciones adquiridas en el contrato por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., va desde los graves y repetidos errores en la expedición de certificados fiduciarios, falta importante en tanto concierne a sus deberes profesionales, que luego transita por omisiones en el deber de información a que está obligada la Fiduciaria con los fideicomitentes y suma la trasgresión del deber de rendir cuentas. Es cierto que ninguna de esas faltas podría por sí sola conducir a la parálisis del contrato, pero sumada al coro de incumplimientos de otros no es intrascendente. Para el Tribunal, es altamente significativo que el contrato de fiducia concebido entre las partes, es un contrato que requería de la conjugación sinfónica de voluntades de muchos. Esa pluralidad de aportes de distinta índole, que superaban las prestaciones recíprocas para hundir sus raíces en un propósito colectivo requería de un concierto sincronizado en el

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

que la ausencia de cumplimiento estricto de los deberes fue minando lentamente en el tiempo las condiciones de posibilidad del contrato. En ese contexto, los deberes profesionales de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., le imponían una exigencia mayor, por lo que no se pueden dejar impunes sus faltas, bajo el criterio de que no era gerente del proyecto, ni su pieza principal sino subordinado a las instrucciones de los órganos del fideicomiso.

ALIANZA FIDUCIARIA S.A., es contratante incumplido además porque en sus manos pereció el proceso reivindicatorio que intentaba recuperar una parte de los predios, y no sólo caducó la distancia por su culpa, sino que, no aparece en el expediente demostrado que hiciera alguna gestión adicional para subsanar ese error.

Y aunque solo ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como propietario fiduciario estaba en capacidad de impeler judicialmente a ARTURO PAREJA NÚÑEZ para excluir aquella parte del aporte que estaba causando la parálisis del contrato, en la periferia de esta obligación estaba el levantamiento de planos, desenglobes y pago de impuestos que eran de cargo de los fideicomitentes constituyentes. Por lo demás, si se hubiese presionado la devolución por la vía coactiva, nada asegura que el problema de doble titulación se hubiese solucionado. Además, no aparece demostrado que en la junta del fideicomiso se haya aprobado una acción en tal sentido, ALIANZA FIDUCIARIA S.A., debió proponerla o sugerirla para que la junta tomara la decisión y apropiara los recursos, cosa que los fideicomitentes tampoco propiciaron ni ejecutaron. No es una conducta diligente de parte del Fiduciario, dejar bienes en hibernación indefinida sin compeler la liquidación o quebrar de algún modo el estado de estancamiento.

Entonces, a juicio del Tribunal, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. a las culpas ajenas sumó las suyas, y como contratante incumplido está excluido de la posibilidad de reclamar por el incumplimiento de otros, como lo hiciera en la demanda de reconvención que por tanto está condenada al fracaso.

Pero si lo anterior no fuera suficiente, obsérvese que no bastaba con que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., sindicara de incumplimiento a quienes demandó en demanda de reconvención, pues además de los fideicomitentes constituyentes allí demandados hubo incumplimiento de los fideicomitentes adherentes que con su conducta concurrieron eficazmente al estado de estancamiento del desarrollo del contrato fiduciario.

Por todo lo anterior se negarán las pretensiones de la demanda de reconvención propuesta por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., contra FEDCO S.A., ATKANI S.A., INVERSIONES ELILAT S.A.S., Y CARLOS PÍO URIBE PALACIO, demanda en la cual, además, ningún cargo se hizo a INVERSIONES ELILAT S.A.S.

Por lo dicho en la parte final del apartado 2.5., sobre el concepto de excepción, no es menester el estudio de las excepciones propuestas por los demandados.

2.7. DEMANDA DE COPARTE DE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. CONTRA BEST LUCK S.A. [Folio 494 Cuaderno. N° 5, presentada 31 de octubre de 2016, admitida por auto N° 45 de 15 de noviembre de 2016, folio 522, Cuaderno. N° 5].

Se pide en la demanda de coparte que la justicia arbitral declare que existe un vínculo entre las partes nacido del acto celebrado mediante la escritura N° 5279 de 4 de agosto

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

de 1994. Igualmente, que la sociedad BEST LUCK S.A., es cesionario del señor ARTURO PAREJA NÚÑEZ y que como adehala se diga que BEST LUCK S.A., incumplió las obligaciones asumidas en el contrato de fiducia.

Como esencia de la demanda de coparte propuesta por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., esta pidió que se declare que los incumplimientos que FEDCO y EILAT S.A.S., le imputan, en realidad son debidos a la culpa de BEST LUCK S.A., y son su responsabilidad. Por tanto, BEST LUCK S.A., deberá ser condenada a pagar todo cuanto sea impuesto como condena a ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por las pretensiones elevadas por FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S.

En el umbral queda dicho que como no prosperaron las pretensiones de FEDCO S.A., ATKANI S.A., INVERSIONES ELILAT S.A.S., y CARLOS PÍO URIBE PALACIO contra ALIANZA FIDUCIARIA S.A., a nada puede ser condenado BEST LUCK S.A., pues la condena de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. era el presupuesto de la condena de BEST LUCK en las pretensiones puestas en la demanda de coparte.

Además, los mismos argumentos copiados para desdeñar la demanda de reconvenición propuesta por ALIANZA FIDUCIARIA S.A. contra FEDCO S.A., ATKANI S.A., INVERSIONES ELILAT S.A.S., y CARLOS PÍO URIBE PALACIO, en el apartado 2.6., de este laudo concurren para desdeñar la demanda de coparte puesta por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., contra BEST LUCK S.A.

Por lo dicho en la parte final del apartado 2.5., sobre el concepto de excepción, no es menester el estudio de las excepciones propuestas por BEST LUCK en el escrito visible al folio 192 del cuaderno N° 6.

2.8. DEMANDA DE RECONVENCIÓN A LA DEMANDA DE COPARTE, PUESTA POR LA SOCIEDAD BEST LUCK S.A., CONTRA ALIANZA FIDUCIARIA S.A. [Demanda visible en el folio 20 del cuaderno n° 6].

Pidió BEST LUCK en su demanda de reconvenición contra la demanda de coparte, que se declare que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., incumplió el contrato de fiducia, todo en uso de los artículos 1546 del C.C. y 870 del C. Co. Reclama que el Tribunal fije término para que restituya todo lo que fue aportado por ARTURO PAREJA NÚÑEZ, sino es posible la restitución física, que se haga por metros o valor del metro faltante, y que se hagan las demás restituciones y el registro del laudo. (folio 36, cuaderno principal N° 6).

Como pretensión consecuencial, reclama que se declare que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como responsable de todos los incumplimientos, debe pagar los perjuicios que Fedco S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S., reclaman contra BEST LUCK S.A. y además las costas del proceso.

Por lo dicho en el ítem 2.3.1.3., de este laudo, que ahora se repite, BEST LUCK S.A., como contratante incumplido que es, no puede deducir pretensiones por el incumplimiento de ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

2.9. Llamamiento en garantía. [Folio 53 cuaderno N° 6].

BEST LUCK S.A., como fue demandado en reconvencción y en demanda de coparte por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., llama en garantía a HABITECH CONSTRUCTORA S.A.-EN LIQUIDACIÓN-, PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR S.A.-EN LIQUIDACIÓN-, COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A. -EN LIQUIDACIÓN-, AKTANI S.A., Y CARLOS PÍO URIBE PALACIOS, BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ.

Como BEST LUCK S.A., no fue condenado en la demanda de reconvencción, tampoco en la demanda de coparte elevadas por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., no es necesario resolver sobre la responsabilidad de COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A. AKTANI S.A., CARLOS PÍO URIBE PALACIOS, BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ, como llamados en garantía.

2.10. ADHESIÓN DE YADIRA VIDES DE BOTERO. [Cuaderno N° 6, Fl. 374].

YADIRA VIDES DE BOTERO adherente, quien deriva derechos de ARTURO PAREJA NÚÑEZ interviene como litisconsorte en la demanda de reconvencción presentada por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., para acumular allí las pretensiones de FEDCO S.A., ATKANI S.A., Y CARLOS PÍO URIBE PALACIO.

Fracasada la demanda de reconvencción presentada por ALIANZA FIDUCIARIA S.A, sus efectos se extienden a YADIRA VIDES DE BOTERO como adherente, por consiguiente, se negarán todas sus pretensiones.

8. CONCLUSIONES

En definitiva, para el Tribunal el fracaso del proyecto ideado por los fideicomitentes constituyentes, al que se sumaron los adherentes, tiene distintas causas, que van desde defectos de concepción, a lo cual se suma el incumplimiento generalizado, que niega la posibilidad recíproca de reproche contractual, pues si no hay contratante libre de pecado, es inevitable la emergencia de una carencia de legitimación común para poner fin al contrato a partir de una culpa exclusiva, lo que cede el paso a la posibilidad de poner fin al estado de incertidumbre de la relación contractual, por las causales objetivas que han quedado explicadas.

En consecuencia, se accederá a la pretensión de terminación de la relación contractual bajo el alero de las causales objetivas, previstas en el artículo 1230 del C.Co., es decir, imposibilidad absoluta de realización de los fines del fideicomiso y vencimiento del término que la ley establecía como la máxima duración del contrato.

La prosperidad de las causales objetivas descarta cualquier condena al pago de perjuicios, pretensiones que desde luego se niegan sea cual sea la demanda o acto procesal en que hayan sido pedidas.

La prosperidad de las causales objetivas decretada por el Tribunal, lleva a negar la totalidad de las pretensiones de la demanda distintas de las que han triunfado, es decir la imposibilidad de logro de los fines del fideicomiso y el vencimiento del término de duración. Con la negativa total de las pretensiones distintas de la terminación del contrato

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

por las causales 2 y 3 del artículo 1240 del C. de Co. se agota la materia contenciosa confiada a la jurisdicción del Tribunal y solo restaría resolver sobre las consecuencias naturales de esa terminación.

9. SOBRE LA LIQUIDACIÓN

Debe ocuparse el Tribunal de resolver acerca de las consecuencias inherentes a la extinción del contrato, e implícitas en las pretensiones de terminación, para suplir la necesidad de que los contratantes sean restablecidos en sus derechos y que ese restablecimiento comprenda a quienes ocupan total o parcialmente la posición contractual de los fideicomitentes constituyentes y adherentes.

Ahora que, debe tenerse en cuenta que como pretensión consecuencial a la subsidiaria de terminación del contrato inicial modificado por el contrato de fiducia, la demandante inicial, solicitó que se ordenara la resolución de los mismos, lo que jurídicamente no es posible, por cuanto o se termina un contrato (donde una de sus consecuencias es que lo actuado se mantiene vigente) o se resuelve (donde una de sus consecuencias es volver las cosas al estado anterior), pero además, porque el contrato objeto de controversia no es de aquellos conocidos como de ejecución instantánea, ni es bilateral, todo lo contrario, es de tracto sucesivo y plurilateral.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia:

“7. Por otra parte, es menester destacar también que, en líneas generales, la jurisprudencia y la doctrina han considerado que la resolución se predica de aquellos contratos cuyos efectos son susceptibles de destruirse retroactivamente, hasta el punto de dejar a las partes en el estado anterior a la celebración del acuerdo disuelto - efectos ex tunc- , y, contrario sensu, la terminación se encuentra reservada para aquellos contratos con prestaciones de ejecución periódica, sucesiva o continuada, también llamados contratos de duración, pues precisamente, dada la ejecución de las obligaciones en el tiempo y su aprovechamiento por el acreedor, no resulta posible deshacerlas respecto del pasado sino sólo hacia el porvenir –efectos ex nunc-, o en otras palabras, ellas adquieren plena firmeza con ocasión de su autonomía y consolidación jurídica y económica, que se van dando a lo largo del tiempo. Ha dicho al respecto la Corte que “[p]or la terminación (o cesación) judicial pierde el contrato su fuerza para el futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, A.S.R. EXP. 2002-00007-01 19 ejecutorios, por oposición a ejecutados, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la resolución judicial. Por esta el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento; (...) se borra; „se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada (...). La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado“ (...)” (Cas. Civ., sentencias del 26 de noviembre de 1935, G.J., T. XLIII, pág. 391 y del 26 de abril de 1955, G.J., T. LXXX, pág. 55). Ahora bien, en muchos casos, claro está, según las particularidades que cada uno ofrezca, la labor interpretativa que en relación con la demanda le

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

competite a los juzgadores de instancia puede permitirles, por una parte, colegir que, pese a haberse solicitado la “resolución” de un contrato, la reclamación elevada en verdad concierne con la “terminación” del mismo, en cuanto que por la naturaleza de los deberes de prestación asumidos por los contratantes no sea factible retrotraer lo ya dado o entregado, y, por otra, decidir en consonancia con ese entendimiento la respectiva pretensión, sin que para ello constituya un valladar infranqueable el hecho de que las restantes peticiones apunten, equivocadamente, a que como prestaciones consecuenciales se adopten medidas que, en esencia, estén dirigidas a retrotraer la situación al momento de la celebración A.S.R. EXP. 2002-00007-01 20 del correspondiente negocio jurídico, pues en este supuesto bastaría con negar su acogimiento. 8. En definitiva, se concluye el fracaso de la acusación”. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ. Sentencia del 26 de agosto de 2011. Ref.: 05001-3103-016-2002-00007-01).

La terminación del contrato por las causales 2 y 3 del artículo 1240 del C. de Co. implica deducir las consecuencias naturales para la eficacia del laudo, a fin de realizar los fines del proceso, la tutela judicial efectiva [Art. 2 del CGP], la “efectividad de la pretensión” [Art. 590, numeral 1º, letra C, CGP], la necesaria decisión sobre los “demás asuntos” que le conciernen [Art. 280 CGP], interpretación de la demanda [Art. 42 Núm. 5º CGP], eficiencia de la administración de justicia [Art. 6º Ley 270 de 1996]

En ese contexto, expresamente se ha pedido desde varios ángulos la liquidación del contrato, que el Tribunal entiende en su unidad orgánica integrado por las escrituras 1862, 2579 y 6338. Ello comporta interpretar las reglas contractuales que gobiernan la liquidación, para de ser posible mantenerse en el apego a la voluntad de las partes. Expresada en el capítulo 10º de la escritura Nº 2579.

La cláusula 31ª establece la liquidación. Prevé que

“Terminado el contrato procederá la etapa de liquidación del fideicomiso, la cual tendrá la duración necesaria para ese fin, y se realizará de conformidad con los procedimientos establecidos en las siguientes cláusulas. Cláusula 32ª: Etapa I. En el evento de que el proyecto no se pueda llevar a cabo, y se haga necesaria la liquidación del mismo en la etapa I, se procederá así: 1. verificará si alguno de los FIDEICOMITENTES ADHERENTES, que haya hecho aporte de un inmueble, tiene en su poder la totalidad de los certificados expedidos con ocasión de dicho aporte, caso en el cual, le hará la restitución de su inmueble. En caso contrario o respecto de las tierras que no serán objeto de devolución en los términos indicados en el numeral 1. procederá así: 1.- ALIANZA ordenará la realización de un avalúo de los precios fideicomitados para establecer el valor promedio del metro cuadrado. 2. Con base en dicho avalúo establecerá el valor de los certificados. 3. ALIANZA Ofrecerá en venta cada uno de los precios fideicomitados, dándole la primera opción de compra a los fideicomitentes adherentes, que hayan entregado el respectivo predio, para lo cual recibirá como parte del precio cada uno de los certificados por el valor establecido en la valoración hecha con base en el avalúo practicado. 4. Si como mínimo un 80% de los fideicomitentes adherentes no manifiestan su interés de readquirir, se les dará una opción a los fideicomitentes constituyentes, y si estos nos manifiestan intereses en comprar, ALIANZA realizará la venta del globo de terreno a terceros, para lo cual deberá hacer una

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

oferta pública mediante la publicación de un aviso en un diario de la ciudad de Cartagena y otro en la ciudad de Bogotá. En caso de que no sea procedente dicha enajenación como un globo, ALIANZA mediante la contratación de peritos expertos en materia de finca raíz realizará el desenglobe de los terrenos y venderá los predios resultantes de dicha división. Con los dineros recibidos por concepto de dicha venta, ALIANZA efectuarán los siguientes desembolsos, en su orden:

- 1.- Pasivos contraídos por el patrimonio autónomo.*
- 2.- Remuneración de ALIANZA .*
- 3.- después de efectuar los pagos anteriores los recursos que quedan, se distribuirán entre los titulares de certificados, en proporción a los metros cuadrados que tenga certificados a su nombre.”*

No hay duda de que, como el proyecto ni siquiera superó los aportes de predios, el procedimiento de liquidación previsto en la cláusula es imposible de ejecutar. No obstante, en dicha cláusula se expresa el criterio de los contratantes para que opere la restitución de los aportes, entre otras cosas, porque la venta y reparto como una división ad valorem, expropia a los aportantes de sus tierras, sin que se cumpla la natural reversión al estado inicial, como forma de restituir y lograr la recuperación natural y obvia de un *statu quo* ante el fracaso del contrato, a fin de evitar males mayores.

10. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO

Si bien es cierto, el párrafo del art. 206 del Código General del Proceso, consagra una sanción equivalente al 5% del valor de las pretensiones, esa misma disposición impone esa consecuencia solo en aquellos casos en los cuales *“la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”*.

Es por ello, que el Tribunal se abstendrá de imponer la aludida sanción a los demandantes en reconvención FEDCO S.A., e INVERSIONES EILAT S.A.S.

11. SOBRE LA CONDUCTA DE LAS PARTES

Conforme al artículo 280 del Código General del Proceso, no hay comentario distinto a que las partes cumplieron con los deberes que a ellas conciernen en la defensa de sus intereses y que no es ni menester ni posible derivar indicios de su conducta.

12. COSTAS DEL PROCESO

El numeral primero del artículo 365 del C.G.P. ordena condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y el numeral octavo indica que *“solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

Igualmente prevé la misma norma que *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”*

A juicio del Tribunal, es del caso abstenerse de condenar en costas, en consideración al fracaso de las pretensiones principales de la demanda inicial y los demás actos del proceso en que se incorporaron. Además, la pretensión triunfante es para el demandante

**TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS
ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO
URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ**

un reclamo subsidiario, que también fue rogado por otros e implica la acogida de una causal objetiva de terminación del contrato, y el fracaso de los ruegos principales. La exoneración de costas incluye las agencias en derecho desde luego.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones expuestas, el Tribunal de Arbitraje integrado para decidir en derecho las diferencias entre **BEST LUCK S.A y ANTONIO BOTERO ASPRILLA**, parte convocante, y **ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ y BENJAMÍN RODRIGUEZ MEDINA RODRÍGUEZ**, parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la terminación del contrato de fiducia contenido en las escritura públicas No. 1862 del 13 de abril de 1994, otorgada en la Notaría 18 del Círculo de Bogotá, No. 5279 del 4 de agosto de 1994, otorgada en la Notaría 6ª del Círculo de Bogotá, y N 6338 del 9 de septiembre de 1994, de la Notaria 6ª de Bogotá, por la imposibilidad absoluta de realizar los fines del fideicomiso y agotamiento del término, con subordinación a las causales 2ª y 3ª del artículo 1240 del C. de Co.

SEGUNDO: DENEGAR las demás pretensiones propuestas por la sociedad BEST LUCK S.A., en la demanda inicial y por ANTONIO BOTERO ASPRILLA en su intervención litisconsorcial, formuladas en contra de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en su calidad de administradora del patrimonio autónomo MANZANILLO DEL MAR, AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE PALACIOS, CARLOS ALBERTO MEDINA y BENJAMIN MEDINA, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

TERCERO: DENEGAR las pretensiones propuestas por FEDCO S.A., E INVERSIONES EILAT S.A.S., y por AKTANI S.A., CARLOS PÍO URIBE PALACIOS en su intervención litisconsorcial, en la demanda de reconvención, formuladas en contra de BEST LUCK S.A., y ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en su calidad de sociedad comercial y como administradora del patrimonio autónomo MANZANILLOS DEL MAR, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

CUARTO: DENEGAR las pretensiones propuestas por la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en su calidad de administradora del patrimonio autónomo MANZANILLO DEL MAR, en la demanda de reconvención, formuladas en contra de AKTANI S.A., CARLOS PÍO URIBE PALACIOS, FEDCO S.A., E INVERSIONES EILAT S.A.S., por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

QUINTO: DENEGAR las pretensiones propuestas por la sociedad BEST LUCK S.A., en la demanda de reconvención, formuladas en contra de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en su calidad de administradora del patrimonio autónomo MANZANILLOS DEL MAR, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEXTO: Denegar cualquier pretensión distinta de las que prosperaron según el numeral PRIMERO de esta parte resolutive, pues el acogimiento de las causales 2ª y 3ª del artículo 1240 del C. de Co. es omnicompreensivo y excluye la prosperidad de cualquiera otra pretensión, según las consideraciones de este laudo. En consecuencia, denegar cualquier excepción propuesta contra esta pretensión por lo considerado ut supra.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ

SÉPTIMO: Por sustracción de materia, no hacer pronunciamiento alguno respecto de la demanda de coparte presentada por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en su calidad de administradora del patrimonio autónomo MANZANILLOS DEL MAR, en contra de BEST LUCK S.A., ni del llamamiento en garantía presentado por BEST LUCK S.A., en contra de AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO URIBE PALACIOS, CARLOS ALBERTO MEDINA, BENJAMÍN MEDINA, PROMOTORA MANZANILLO DEL MAR EN LIQUIDACIÓN y HABITECH EN LIQUIDACIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva.

OCTAVO: Ordenar a ALIANZA FIDUCIARIA S.A., propietaria fiduciaria, y en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo INM MANZANILLO DEL MAR, que en el plazo de dos meses, restituya la propiedad del predio Manzanillo del Mar aportado mediante la escritura pública # 6338 del 9 de septiembre de 1994, de la Notaría 6ª de Bogotá, por ARTURO PAREJA NÚÑEZ. Dicha restitución debe favorecer al núcleo de intereses representados por los sucesores de ARTURO PAREJA NÚÑEZ y de modo general a quienes derivan derechos a cualquier título de este y en la proporción que corresponde a cada uno de los integrantes de este grupo de intereses, según el acto de transmisión de derechos que favorece a cada uno de ellos.

NOVENO: Ordenar a ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en su calidad de vocera del patrimonio autónomo Manzanillo del Mar, en el plazo de dos meses restituya la propiedad del predio aportado por CARLOS PÍO URIBE PALACIO mediante la escritura pública N° 1862 del 13 de abril de 1.994, de la Notaría 18 del Círculo de Bogotá. Dicha restitución debe favorecer al núcleo de intereses representados por CARLOS PÍO URIBE PALACIO o los sucesores de este, y de modo general a quienes derivan derechos a cualquier título del señor URIBE y en la proporción que corresponde a cada uno de los integrantes de este grupo de intereses, según el acto de transmisión de derechos que favorece a cada uno de ellos.

DÉCIMO: Ordenar a ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en su calidad de vocera del patrimonio autónomo Manzanillo del Mar, que en el plazo de dos meses restituya la propiedad del predio aportado por SARA MOYA mediante la escritura pública N° 1862 del 13 de abril de 1994, escritura otorgada ante la Notaría 18 del Círculo de Bogotá. , Dicha restitución debe favorecer al núcleo de intereses representados por Sara Moya o los sucesores de esta, y de modo general a quienes derivan derechos a cualquier título de la señora Moya y en la proporción que corresponde a cada uno de los integrantes de este grupo de intereses, según el acto de transmisión de derechos que favorece a cada uno de ellos.

UNDÉCIMO: DECLARAR causado el pago de los honorarios de los árbitros y del secretario. Por el presidente del Tribunal, hágase entrega del saldo de los honorarios, previo descuento del 2% de los valores que se les hubiere pagado para que sea consignado a la orden del Consejo Superior de la judicatura, de conformidad con lo ordenado por la Ley 1743 de 2014, artículos 16³⁸ y 22³⁹ y siguientes.

³⁸ Ley 1743 de 2014. Art. 16. La Contribución Especial Arbitral es una contribución parafiscal a cargo de los centros de arbitraje y de los árbitros, con destino a la Nación – Rama Judicial. En los casos de tribunales arbitrales ad hoc la Contribución Especial Arbitral es un aporte parafiscal a cargo de los árbitros.

³⁹ *Ibid.*, Art. 22. El presidente del tribunal arbitral descontará del pago del saldo final de los honorarios, el dos por ciento (2%) del valor total pagado a cada árbitro y al secretario, y la suma que resulte la consignará inmediatamente a la orden del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, con destino al Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE BEST LUCK S.A. Y ANTONIO MARÍA BOTERO ASPRILLA VS
ALIANZA FIDUCIARIA S.A., AKTANI S.A., COMPAÑÍAS INTEGRADAS S.A., CARLOS PÍO
URIBE, CARLOS ALBERTO MEDINA RODRÍGUEZ Y BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ**

DUODÉCIMO: ORDENAR la liquidación final y reintegrar a las partes la cantidad consignada por concepto de gastos, si hubiere remanente.

DECIMOTERCERO: Con fundamento en los artículos 361 y 365, numeral 5º del Código General del Proceso, no se condena en costas ni agencias en derecho a ninguna de las partes.

DECIMOCUARTO: ORDENAR que una vez en firme esta providencia, por Secretaría se expida copia auténtica de este Laudo a cada una de las partes y al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DECIMOQUINTO: DISPONER que en firme este Laudo Arbitral, junto con el expediente se confíe para su archivo al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, de conformidad a lo señalado por el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

EL PRESENTE LAUDO QUEDA NOTIFICADO A LAS PARTES EN ESTRADOS Y PRESTA MÉRITO EJECUTIVO DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO EN EL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY 1563 DE 2012.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA
Árbitro Presidente

ÁLVARO ISAZA UPEGUI
Árbitro

LUIS E. ARELLANO JARAMILLO
Árbitro

NICOLÁS LOZADA PIMIENTO
Secretario